

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

THIAGO SILVEIRA DE CARO

FLORIANÓPOLIS

2012

THIAGO SILVEIRA DE CARO

2008/2012

**CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
banca examinadora da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito parcial à obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

FLORIANÓPOLIS

2012

A presente monografia, intitulada “Caso Fortuito e Força Maior no Código de Defesa do Consumidor”, elaborada pelo acadêmico Thiago Silveira De Caro e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 2013.

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Prof^a Dr.^a Leilane Zavarizi da Rosa

Prof. Thiago André Marques Vieira

RESUMO

O tema do trabalho é a aplicabilidade e os contornos das excludentes de responsabilidade caso fortuito e força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor. Partindo da análise dos pressupostos legais para a responsabilização do fornecedor à luz da teoria do risco da atividade (Capítulo 1) e do perfil padrão do caso fortuito e da força maior no ordenamento jurídico brasileiro, traçado pelo Código Civil (Capítulo 2), o autor demonstra que: 1) a falta de previsão legal do caso fortuito e da força maior no Código de Defesa do Consumidor não é suficiente para afastar sua aplicação, que também não é vedada pelos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Código; 2) a aplicabilidade destas excludentes no sistema consumerista encontra-se implícita na previsão do nexo causal como pressuposto da responsabilização; 3) em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço automatizado, caso fortuito e força maior são, respectivamente, todo acontecimento humano ou natural não desencadeado pelo produto ou serviço nem pelo consumidor que cause o dano sem fazer com que o produto se comporte de maneira defeitosa; 4) em se tratando de responsabilidade pelo do serviço não-automatizado, caso fortuito e força maior são, respectivamente, todo acontecimento humano ou natural não desencadeado pelos prestadores e que estes não tinham o dever legal de prevenir ou obstar; 5) a análise dos pressupostos para a configuração do caso fortuito e da força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor não pode levar em consideração a culpa dos fornecedores; 6) não são caso fortuito nem força maior os eventos humanos ou naturais face aos quais há razoável expectativa do consumidor de que o produto ou serviço seja seguro; 7) contribuindo mais de um prestador de serviço ou mais de um produto para o resultado, a contribuição de um não é considerada caso fortuito sob a perspectiva dos outros, pois todos respondem solidariamente pelo evento (Capítulo 3).

Palavras-chave: Direito Civil. Direito das Obrigações. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil do fornecedor. Excludentes de responsabilidade. Caso fortuito. Fortuito interno. Fortuito externo. Força maior. Nexo de causalidade. Causalidade adequada. Fato do produto. Defeito do produto. Risco da atividade. Risco integral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES DE CONSUMO.....	8
1.1 Fundamento.....	8
1.2 Pressupostos legais para responsabilização do fornecedor.....	15
1.2.1 Dano.....	15
1.2.2 Nexo de imputação.....	18
1.2.3 Defeito do produto ou do serviço.....	21
1.2.4 Nexo de causalidade.....	23
2. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	28
2.1 Conceito. Espécies distintas?.....	28
2.2 Pressupostos legais.....	30
2.3 Culpa e condições pessoais do agente.....	32
2.4 Efeitos das excludentes e diferenciação entre fortuito interno e externo.....	34
2.5 Caso fortuito, força maior e causalidade adequada.....	36
3. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
3.1 Aplicabilidade.....	37
3.2 Defeito e fortuito interno.....	42
3.3 Defeito e força maior.....	45
3.4 Pressupostos para a exclusão da responsabilidade do fornecedor em razão do caso fortuito ou da força maior.....	46
3.5. Caso fortuito e força maior excluem o defeito ou o nexo causal?.....	49
3.6. Concurso de caso fortuito, força maior e outras circunstâncias no sistema do Código de Defesa do Consumidor	50
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor, embora praticamente inalterado desde a entrada em vigor, há aproximadamente vinte e dois anos, continua, na maior parte dos casos, desempenhando satisfatoriamente seus misteres, quais sejam, a defesa dos hipossuficientes nas relações do consumo, o controle da qualidade da produção, e a delimitação dos riscos da exploração dos mercados de massa.

Se, por um lado, a doutrina e a jurisprudência discutem os dispositivos deste diploma há pouco mais de duas décadas, já estando superada a maior parte das divergências, por outro, algumas controvérsias permanecem, com destaque para as referentes às excludentes da responsabilidade civil dos fornecedores pelos danos advindos dos chamados acidentes de consumo.

É neste âmbito que o presente trabalho de conclusão de curso se insere. Abordaremos, nas páginas seguintes, mediante análise de opiniões doutrinárias e dos principais precedentes jurisprudenciais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, o problema da aplicabilidade e dos limites das excludentes de responsabilidade caso fortuito e força maior no sistema de responsabilidade civil positivado no Código de Defesa do Consumidor.

Há expressiva controvérsia a respeito da aplicabilidade destas excludentes no microsistema de proteção consumerista, em razão de este ter positivado um sistema de responsabilidade civil substancialmente diferente do contido no Código Civil sem as ter admitido expressamente, tendo inclusive as vedado expressamente, na opinião de parcela significativa da doutrina.

No entanto, preliminar à discussão principal é a celeuma a respeito do fundamento adotado pelo Código para justificar a responsabilidade do fornecedor (Capítulo 1) – se a teoria do risco integral ou a teoria do risco da atividade. Isto porque duas características marcantes da teoria do risco integral – a inadmissibilidade de excludentes não previstas expressamente em lei e a desnecessidade do nexo de causalidade para responsabilização do fornecedor – inviabilizam as atuais construções doutrinárias favoráveis à aplicabilidade do caso fortuito e da força maior ao sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor.

Igualmente preliminares são as análises do restante do sistema de responsabilidade típico do Código de Defesa do Consumidor (Capítulo 1), com a abordagem

dos pressupostos legais para a responsabilização, e dos contornos que o caso fortuito e a força maior tomam no restante do nosso ordenamento, balizados, em sua quase totalidade, pelo Código Civil (Capítulo 2).

Firmadas estas duas premissas, teremos parâmetros para adentrar na análise da aplicabilidade e dos limites do caso fortuito e da força maior no sistema de proteção consumerista (Capítulo 3).

No tocante à aplicabilidade, haverá que se superar os argumentos de que a falta de previsão legal e a aparente vedação contida nos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor afastariam a aplicação destas excludentes, as quais, aliás, não são previstas expressamente em matéria de responsabilidade aquiliana nem mesmo pelo Código Civil – ao revés, encontram-se implícitas na exigência, por parte do diploma, de nexo de causalidade entre a conduta e o dano para fins de responsabilização –, que só trata delas ao versar a responsabilidade contratual.

A esse respeito, será demonstrado que, não obstante seja uma lei especial inovadora em muitos aspectos outros aspectos, o Código de Defesa do Consumidor seguiu a regra geral em nosso ordenamento quanto a este, pois o caso fortuito e a força maior são fatos que causam o dano por si mesmos, independentemente da contribuição do agente ou responsável pela reparação, restando sua previsão legal implícita na exigência de nexo de causalidade entre o defeito do produto ou do serviço e o dano para que o fornecedor possa ser responsabilizado.

Demonstrada a aplicabilidade destas excludentes, será necessário, mediante análise comparativa com o Código Civil, explicitar os contornos específicos que tomam no sistema consumerista em razão das particularidades do Código de Defesa do Consumidor, notadamente os conceitos de defeito e a teoria do risco da atividade, estranhos ao sistema clássico.

Neste aspecto, serão dedicados tópicos específicos do terceiro capítulo aos requisitos para a configuração do caso fortuito e da força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor; seus efeitos legais; a interação entre as excludentes, o conceito de defeito e o risco da atividade, com destaque para a ideia de fortuito interno; e alguns outros problemas relativos ao nexo de causalidade, notadamente a contribuição de mais de um produto ou prestador de serviço para o dano experimentado pelo consumidor e a coexistência de defeito e caso fortuito ou força maior.

O objetivo é, em última análise, firmar posição de forma consciente a respeito da aplicabilidade e dos contornos do caso fortuito e da força maior no Código de Defesa do Consumidor, levando em consideração as principais opiniões divergentes a seu respeito, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, especialmente os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, importante destacar que este trabalho não tem pretensão de exaurir todas as questões sobre as quais se debruçará, por três razões.

Primeiro porque isto não é da índole nem do escopo dos trabalhos de conclusão de curso.

Segundo porque a imensa maioria das discussões a respeito da matéria aqui tratada envolve a análise de cláusulas gerais, cujos limites só podem ser apreciados no caso concreto, e estão sujeitos a elevado grau de subjetivismo, bem como à mudança com o tempo, em razão do progresso, da mudança das expectativas sociais, do momento político e – principalmente – econômico, de orientações jurisprudenciais e até de ativismo judiciário.

E terceiro porque há inúmeras divergências a respeito do caso fortuito e da força maior a que nunca se chegou a um consenso, desde o nascimento do Direito Civil, as quais, obviamente, não se espera sepultar.

O que se buscará, sempre, será dar uma visão geral a respeito destas questões acompanhada de uma orientação segura ao leitor conforme os entendimentos atuais na doutrina e nos Tribunais Superiores.

Dito isso, nada mais resta além de proceder à leitura.

1 A RESPONSABILIDADE POR ACIDENTES DE CONSUMO

Neste capítulo trataremos do sistema de responsabilidade civil previsto no Código de Defesa do Consumidor, primeiro versando os fundamentos, e depois os pressupostos da responsabilização.

Estas considerações se mostram pertinentes como preparatórias do terceiro capítulo, em que se discutirá a admissibilidade das excludentes caso fortuito e força maior neste sistema, e se delineará os contornos que as excludentes, tratadas no segundo capítulo, nele assumem.

1.1 Fundamento

Há três entendimentos na doutrina nacional a respeito do fundamento da responsabilidade objetiva do fornecedor. Frisar as distinções e perfilhar-se a um deles é essencial a este trabalho pois orientará a hermenêutica do sistema de responsabilidade por acidentes de consumo, influenciando nos limites da responsabilidade e, por conseguinte, nas excludentes admissíveis.

A corrente majoritária (SANSEVERINO, 2010. BENJAMIN, 2009) entende tratar-se da teoria do risco da atividade. Uma segunda corrente, de que fazem parte Rizzato Nunes (2011) e Márcio de Mello Casado (2000) vai mais além: afirma que o Código adotou a teoria do risco integral. E uma terceira corrente, liderada por Claudia Lima Marques (2011) entende que a hipótese é simplesmente de responsabilidade não culposa fundada no dever legal de só introduzir no mercado produtos livres de defeitos.

Os adeptos das três correntes partem da premissa de que a exploração massificada do mercado de consumo acarreta riscos cuja eventual concretização é inevitável, devendo o fornecedor, que lucra com a atividade, arcar com seus riscos independentemente de culpa.

A esse respeito, destaca NUNES (ob. cit.) que a redução da margem de risco da atividade econômica eleva o custo da produção a valores astronômicos, inviabilizando os lucros. Logo, o custo, para ser suportável, tem de ser definido a partir do benefício em potencial, de maneira que descobrir o ponto de equilíbrio da relação custo-benefício é a chave do sucesso do negócio.

No entanto, aponta o autor, há que se considerar também a complexidade da produção em série, que envolve inúmeras etapas, componentes e trabalhadores na fabricação

de um único produto, tornando a falha praticamente inexorável. Sob essa perspectiva, seria necessário elevar os custos astronomicamente para que o resultado da atividade produtiva fosse isento de defeitos, tornando os produtos economicamente inacessíveis à imensa maioria dos consumidores e, portanto, inviabilizando a exploração massificada do mercado. Portanto, para que sua atividade seja viável, o produtor é obrigado a fabricar produtos e serviços a um custo que torna inevitável a exposição do consumidor a riscos.

Após denunciar esta realidade, Nunes explica que um dos propósitos do CDC é, tendo em vista o princípio da igualdade, garantir o ressarcimento aos consumidores inevitavelmente prejudicados pela produção defeituosa, pois não seria justo que estes, mesmo pagando o mesmo preço dos demais, arcassem com todos os ônus da produção em massa, enquanto seus benefícios – tais como a redução dos preços – fossem experimentados pela sociedade como um todo. Esta desigualdade seria corrigida pelo CDC através da facilitação da responsabilização do produtor por parte dos prejudicados, para que este, então, computasse os custos da indenização no cálculo do preço de seus produtos, diluindo os prejuízos igualmente entre todos os consumidores.

Mas a Nunes ainda destaca outra razão para que a responsabilidade do fornecedor se funde no risco da atividade produtiva ao invés da culpa:

[...] É o relacionamento não só à dificuldade da demonstração da culpa do fornecedor, assim como ao fato de que, efetivamente, muitas vezes ele não tem mesmo culpa de o produto ou serviço terem sido oferecidos com vício/defeito.

[...]

Ora, o produtor contemporâneo, em especial aquele que produz em série, não é negligente, imprudente ou imperito. Ao contrário, numa verificação de seu processo de fabricação, perceberá que no ciclo de produção trabalham profissionais que avaliam a qualidade dos insumos adquiridos, técnicos que controlam cada detalhe dos componentes utilizados, engenheiros de qualidade que testam os produtos fabricados, enfim, no ciclo de produção como um todo não há, de fato, omissão (negligência), ação imprudente ou imperícia. No entanto, pelas razões já expostas, haverá produtos e serviços defeituosos.

Vê-se, só por isso, que, se o consumidor tivesse de demonstrar a culpa do produtor, não conseguiria. E, na sistemática do Código Civil anterior (159), o consumidor tinha poucas chances de se ressarcir dos prejuízos causados pelo produto ou pelo serviço.

Além disso, ainda que culpa houvesse, sua prova como ônus para o consumidor levava ao insucesso, pois o consumidor não tinha e não tem acesso ao sistema de produção e, também, a prova técnica posterior ao evento danoso tinha pouca possibilidade de demonstrar culpa.

Poder-se-ia dizer que antes – por incível que possa parecer – o risco do negócio era do consumidor. Era ele quem corria o risco de adquirir um produto ou serviço, pagar seu preço (e, assim, ficar sem seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente ou, pior, sofrer algum dano. É extraordinário, mas esse sistema teve vigência até 10 de março de 1991, em flagrante injustiça e inversão lógica e natural das coisas.

Agora, com [o CDC], o risco do negócio é do fornecedor (NUNES, *ob. cit.*, p. 212/218).

O reconhecimento destas dificuldades do consumidor não são inovação do direito nacional. Ao revés, fundamentaram o reconhecimento da responsabilidade objetiva em matéria de relações de consumo no direito norte americano, que, por sua vez, influenciou profundamente a elaboração da Diretiva n. 85/374 da Comunidade de Estados Europeus. Esta inspirou profundamente a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, sendo bastante similar a redação de ambos em matéria de responsabilidade civil.

As experiências norte-americanas são bem sintetizadas em dois casos relatados pelo Professor Sanseverino (*ob. cit.*).

O primeiro caso, *MacPherson v. Buick Motor Co.*, foi julgado em 1916, pela Suprema Corte de Nova York. Em 1910, o Sr. MacPherson adquiriu um automóvel Buick e, pouco após a compra, acidentou-se em razão da quebra de uma das rodas por defeito de fabricação. O fabricante alegou que só teria obrigações perante o revendedor do automóvel, e não perante o autor da demanda, com quem não teria relação contratual. A Corte reconheceu que o fabricante teria um dever extracontratual perante o consumidor pela colocação no mercado de produtos perigosos. A decisão foi uma das primeiras a afastar-se do sistema de responsabilidade civil e contratual comuns para prover mecanismos mais justos de tutela ao consumidor.

Mas foi somente no segundo caso relato pelo professor que, após quase meio século esgarçando os sistemas de responsabilidade contratual e extracontratual anteriores em defesa dos consumidores e terceiros prejudicados, uma corte americana decidiu responsabilizar objetivamente os fornecedores pelos danos causados por produtos defeituosos.

Trata-se do caso *Greenman v. Yuba Powers Product Inc.* Enquanto trabalhava com um equipamento para serviços domésticos fabricado pela empresa ré, o senhor Greenman foi ferido gravemente por um pedaço de madeira que se desprende em razão de um defeito da máquina e atingiu-lhe no rosto. No julgamento da causa, o Supremo Tribunal da Califórnia reconheceu que, independentemente de negligência ou falta contratual, o fabricante que colocasse no mercado um produto que sabia que seria utilizado sem inspeção dos defeitos devia responder objetivamente por danos provenientes destes defeitos, bastando que o consumidor demonstrasse a ocorrência do defeito para a condenação – entendimento que reflete a essência dos sistemas europeus e brasileiro atuais.

Embora converjam nos aspectos até aqui explanados, os doutrinadores que aderem à teoria do risco da atividade divergem dos defensores da teoria do risco integral quanto à extensão dos riscos pelos quais o fornecedor pode ser responsabilizado.

O grupo majoritário (SANSEVERINO, *ob. cit.* BENJAMIN, *ob. cit.*) conclui que, eximindo-se o fornecedor da responsabilidade pelos sinistros caso não haja defeito nos produtos e serviços, o intuito do diploma foi que a responsabilização se limitasse aos riscos inerentes às contingências do processo produtivo, porém incumbindo ao fornecedor provar a inexistência de defeito nos termos dos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 – daí a idéia de que o fundamento da responsabilidade é a teoria do risco da atividade, não respondendo o fornecedor por sinistros que prove terem sido causados por outros fatores que não tem o dever legal de prever e controlar.

Já os defensores da teoria minoritária (NUNES, *ob. cit.* CASADO, *ob. cit.*), versam a matéria interpretando o Código de Defesa do Consumidor à luz dos direitos fundamentais à livre iniciativa, à propriedade, à igualdade e à dignidade humana, a partir do que entendem ser vedado ao fornecedor lucrar externalizando qualquer risco para o mercado – não somente os decorrentes dos limites inerentes ao processo de produção –, incumbindo-lhe todos os danos ligados, mesmo que de maneira tenue, à sua exploração econômica. O foco do raciocínio não é o nexo entre o defeito e o dano, mas entre o dano e o benefício econômico do fornecedor, de maneira que, tendo este lucrado com a colocação do produto/serviço em circulação, deve arcar com todos os prejuízos relacionados a ele, só se eximindo se provar as hipóteses excludentes enumeradas estritamente no Código.

Para estes autores, bastaria à responsabilização do fornecedor o envolvimento de um produto ou serviço defeituoso em um acidente de consumo, mesmo que a causa determinante acidente não seja o defeito, pois o fornecedor lucrou e contribuiu para a criação de tal risco ao colocar o produto ou serviço no mercado, devendo arcar com os ônus daí resultantes. Responderia o fornecedor, por exemplo, pelos danos causados ao consumidor pela explosão de uma televisão atingida por um raio; embora a causa adequada do acidente seja o raio e não o defeito da televisão, o fornecedor lucrou ao colocá-la no mercado e ela envolveu-se na produção do resultado, devendo o primeiro ser responsabilizado.

Evidente que esta segunda posição, ao contrário da primeira, afasta de plano qualquer cogitação a respeito da exclusão da responsabilidade em hipótese de caso fortuito e

força maior, não contemplados expressamente no Código, tornando supérflua a discussão proposta neste trabalho.

Ocorre que, em razão de sua onerosidade excessiva, a teoria do risco integral não foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Como ensinam SANSEVERINO, (*ob. cit.*) E BENJAMIN (*ob. cit.*), ao eximir o fornecedor de responsabilidade caso prove que o dano não é consequência de defeito decorrente, dentre outros fatores, de falhas na prestação do serviço, no “projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento” (art. 12, *caput*) do produto, e de violação do dever de informação, o diploma claramente demonstra preocupação em limitar a responsabilidade do fornecedor aos riscos advindos das contingências do processo produtivo, mas com a inversão do ônus da prova, na linha adotada pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, não se prestando à responsabilização o mero envolvimento do produto ou serviço em sinistros cujas causas preponderantes sejam comprovadamente outras.

Nesse ponto, o estudo das raízes históricas internacionais mais próximas do Código de Defesa do Consumidor – a Diretiva 85/374/CEE – demonstra que o diploma não foi concebido para imputar ao fornecedor uma responsabilidade com o alcance preconizado pelos defensores da teoria do risco integral. Ao revés, visou-se imputar-lhe, dentro do razoável, apenas os riscos decorrentes do processo produtivo juntamente com o ônus da prova de que o dano teve outra causa, e não todos os riscos relacionados à exploração do mercado de massas.

A respeito, leia-se:

Os juristas europeus, embora convencidos das vantagens do regime de responsabilidade objetiva para a reparação dos danos causados por produtos defeituosos, ficaram preocupados com alguns excessos constatados na jurisprudência norte-americana. [...]

Na opinião dos juristas europeus, diante desse fato, se, de um lado, havia necessidade de proteção dos interesses dos consumidores, dever-se-ia também estabelecer limites para a responsabilização dos produtores para evitar a inviabilização de sua atividade econômica e assegurar a livre concorrência [...].

Há vários anos, os Tribunais europeus já se vinham defrontando com vasos que envolviam acidentes de consumo, tendo de buscar a solução para essas questões nas regras do direito tradicional.

[...]

Em 25-7-1985, o Conselho da Comunidade Européia editou a Diretiva n. 85/374/CEE, estabelecendo normas uniformes sobre a responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos. Foram definidas as regras básicas acerca da responsabilidade do produtor, que deveriam ser adotadas por todos os países-membros, adaptando a sua legislação.

As principais regras estabelecidas foram as seguintes: (a) a responsabilidade objetiva do produtor por danos causados por produtos defeituosos; (b) a possibilidade de o prejudicado demandar diretamente contra o fabricante, inclusive de parte componente de um produto; (c) a fixação de um conceito de produto defeituoso; (d) a fixação de das causas de exclusão da responsabilidade do produtor; (e) a limitação dos valores das indenizações por danos morais; e (f) a fixação de prazos de prescrição e de caducidade. (SANSEVERINO, *ob. cit.*, p. 19/23).

Assim sendo, a teoria do risco integral é estranha ao Código de Defesa do Consumidor. Como dito, seus defensores (da teoria) partem de uma interpretação específica dos princípios da ordem econômica que certamente não foi a adotada pelo Código, que buscou, também, evitar a imposição de ônus excessivos ao fornecedor.

A menos que se entenda que os princípios da ordem econômica determinam obrigatoriamente a adoção da teoria da responsabilidade integral, e que o Código de Defesa do Consumidor não concretiza estes princípios adequadamente, sendo inconstitucional ou necessitando de ampliação de seu alcance mediante interpretação conforme a Constituição no particular – o que parece, *data venia*, indefensável, pois o diploma vem cumprindo satisfatoriamente seus misteres e não é alvo de críticas sólidas a nível constitucional nesse aspecto – há se afastar de cogitação a teoria de que esta modalidade de responsabilidade civil é baseada na teoria do risco integral.

Superada esta questão, é necessário confrontar a teoria do risco da atividade com a posição da professora Claudia Lima Marques, assim exposta pela autora:

[...] Em nosso CDC, o art. 12 exige tanto o lançamento no mercado do produto, a prova do dano, quanto também um terceiro elemento: o defeito do produto lançado no mercado! [...]

[...] Por conseguinte, não basta a atividade de risco de introduzir o produto no mercado e lucrar com isso (*cujus modum, ejus periculum*), porque também os comerciantes finais o fazem e não são responsáveis principais no sistema do CDC (art. 12, caput).

Assim, na sistemática do Código, todos os fornecedores que ajudam a introduzir o produto no mercado podem ser potencialmente responsabilizados [...], mas a figura europeia do defeito concentrou a imputação em alguns fornecedores não com base no fimples risco criado por sua atividade [...], mas com base em uma valoração legal específica. [...]

[...] Não seria este o fundamento também da responsabilidade no sistema do CDC?

Parece-nos, à primeira vista, que o art. 12 do nosso CDC, por influência da Diretiva europeia, funciona como uma espécie de hipótese-tipo, na qual se prevê uma responsabilidade legal sem culpa dos agentes ali citados, nos casos e nos limites impostos pela norma. A responsabilidade positivada no CDC é, sem dúvida objetiva, no sentido de ser independente da existência de culpa, mas não pelo risco da atividade. Seria a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da chamada responsabilidade não culposa. Este tipo de responsabilidade exige, para caracterizar o ilícito, a existência de um defeito, defeito este imputado objetivamente (*peritus*

spondet artem suam) aos fornecedores citados na norma do art. 12 e nos casos especiais previstos no art. 13. (*ob. cit.*, p. 1.274/1.276).

Não parece que este posicionamento seja o que melhor explica o sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente porque a existência real de defeito não é indispensável à responsabilização do fornecedor, podendo este ser responsabilizado caso não haja defeito desde que não prove sua inexistência.

Em segundo lugar porque, se é consenso que a introdução de produtos defeituosos no mercado de massa é uma consequência inexorável do modo de produção, uma vez que a exploração desse modo de produção é perfeitamente legal, não parece correto classificar a introdução de produtos defeituosos no mercado de consumo como ato ilícito.

E em terceiro lugar porque, como veremos adiante, as ideias de risco da atividade e garantia implícita de segurança são essenciais à definição do que seja defeito, permanecendo indispensáveis à compreensão e aplicação da Lei.

A ideia de defeito foi apenas a técnica utilizada pelo legislador para modular os riscos da atividade econômica imputados ao fornecedor sem onerá-lo excessivamente, deixando de responsabilizá-lo caso prove não ser o produto ou serviço defeituoso.

Por esses motivos, temos que a teoria do risco da atividade permanece como fundamento da responsabilidade do fornecedor, porém com a particularidade do ônus da prova ser invertido, como ensina o professor Sanseverino:

No caso das relações de consumo, os riscos por acidentes deveriam ser normalmente suportados pelo próprio consumidor, como atual titular dos direitos sobre a coisa (risco do consumo). Contudo, o CDC, na esteira das soluções desenvolvidas no direito comparado (EUA e Europa), inverte essa fórmula e passa a atribuir o dever de indenizar ao fornecedor, inserindo a ocorrência desses danos na faixa de risco de sua atividade ou de seu empreendimento. A exigência de um defeito do produto ou do serviço, como pressuposto da obrigação de indenizar do fornecedor, relativiza sua responsabilidade com um fato antijurídico (colocação no mercado de um produto inseguro).

Na responsabilidade atribuída ao fornecedor imputa-se a reparação dos danos causados por esse produto ou serviço presumidamente defeituoso, por estar o agente desenvolvendo uma atividade econômica em seu benefício, devendo arcar também com suas consequências (*ubi onus, ibi emolumentum*). Basta observar que, dentro dessa faixa de risco, foi atribuído ao fornecedor o encargo de indenizar danos causados por produtos ou serviços defeituosos, bastando que não consiga provar a inoccorrência de defeito.

[...]

A própria presença do elemento ilicitude é discutível, pois, com frequência, o fornecedor é responsabilizado sem que ocorra qualquer defeito, tendo agido lícitamente na colocação do produto ou do serviço no mercado. Basta que não

consiga comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço, cujo ônus probatório é seu. Não se trata de simples questão processual de distribuição da carga probatória, mas de manifestação clara da opção feita pelo legislador no sentido de socializar a distribuição dos riscos (*Ob. Cit.*, p. 194/195)

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, *ob. cit.*) adotou a teoria do risco da atividade como fundamento da responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, porém cumulada com a inversão do ônus da prova a respeito de ser o dano advindo deste risco, que é delimitado pelo conceito de defeito.

1.2 Pressupostos legais para responsabilização do fornecedor.

Dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, *ob. cit.*) que “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

O comerciante, nos termos dos arts. 13, é subsidiariamente responsável quando o consumidor se deparar com percalços para encontrar os responsáveis designados no art. 12.

Por sua vez, nos termos do art. 14, o “fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Estes dispositivos indicam os pressupostos básicos para a responsabilização dos fornecedores, que serão estudados a seguir: o dano, o defeito do produto ou serviço, o nexo causal entre eles e o nexo de imputação.

1.2.1 Dano

O dano é elemento essencial em qualquer sistema de reparação civil; é inconcebível falar em reparação e em dever de reparar se não houver o que reparar.

Não obstante, nos primórdios do direito moderno, quando predominava uma concepção essencialmente individualista e patrimonialista do direito civil, o foco dos

estudiosos era o fundamento da responsabilidade civil, notadamente a culpa, e os reflexos do ato ilícito sobre o patrimônio do agente. O dano merecia pouca atenção da doutrina e, à época, seu conceito era reduzido às consequências patrimoniais do ato ilícito para o lesado.

Contudo, o progresso socioeconômico não tardou a impelir o direito a proteger uma infinidade de novos bens jurídicos e a criar técnicas de reparação capazes de lidar com situações diante das quais o sistema primevo, baseado na culpa, se mostrava inoperante. Logo surgiram os sistemas de responsabilidade baseados no risco, a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova. Concomitantemente, expandiu-se substancialmente o rol de bens juridicamente protegidos, ampliando-se, em cosequência, o de danos indenizáveis, como as ofensas a bens jurídicos imateriais, difusos, coletivos etc.

Ao mesmo tempo, houve uma gradual assimilação de valores coletivistas pelo direito civil, cujo individualismo foi sendo mitigado, dando-se mais importância aos aspectos sociais e éticos da proteção jurídica, bem como à necessidade de proteção dos hipossuficientes.

Como destaca Sanseverino (*Ob. Cit*), tudo isso alterou o foco da responsabilidade civil, buscando-se o amparo cada vez mais amplo, eficaz e equânime aos lesados e a ampliação substancial tanto abrangência e eficácia dos sistemas de reparação quanto do rol de danos indenizáveis, juntamente com a reorientação dos sistemas de reparação tendo o dano como novo eixo principal.

Desta análise histórica perfunctória pode-se dizer que o direito à reparação tem por fundamento, em última análise, parâmetros de justiça assimilados pelo direito positivo. O conceito jurídico de dano nada mais é que o reflexo do direito à reparação, normalmente sendo compreendido como lesão a um bem juridicamente protegido, variando conforme evoluem, são reconhecidos ou esquecidos os mais diversos direitos. Nesse sentido é a lição de Agostinho Alvim:

[...] dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (1980, p. 171-172).

No plano individual das relações de consumo, o dano costuma consistir em prejuízos patrimoniais, à integridade física, à saúde, à imagem, à honra, podendo também abarcar o sofrimento subjetivo e, em casos extremos, a perda da vida.

A reparação, idealmente, deve buscar o reestabelecimento do anterior estado de equanimidade conforme entendida pela Lei; sendo isto impossível, como em regra é, afere-se a projeção do bem jurídico lesado sobre o patrimônio do prejudicado e compensa-se economicamente.

A mensuração do dano patrimonial não costuma encontrar maiores empecilhos, pois em regra ele é calculável. A mensuração dos danos extrapatrimoniais, por sua vez, é sujeita a discricionariedade judicial, variando significativamente conforme a jurisprudência, o julgador, e o caso concreto.

Ressalta a unanimidade da doutrina que só é indenizável o dano certo e atual. Por certo e atual entende-se não-hipotético; perda concreta consumada de um interesse juricamente protegido. Nisto inclui-se não apenas a diminuição patrimonial e a ofensa a direitos não-patrimoniais, mas também, conforme determina o art. 402 do Código Civil (BRASIL, 2002), aquilo que a vítima presumivelmente ganharia caso os fatos se desenrolassem normalmente, sem a interferência do ilícito. É o caso, por exemplo, dos alimentos devidos pelo pai de família vitimado em um acidente de trânsito, que, até prova em contrário, a família receberia caso não ocorresse a morte.

Há, porém, situações em que a certeza e a atualidade do dano são controversas e subjetivas, como nos casos da chamada perda da chance, em que discute-se se é indenizável o fato de a vítima, em razão do ilícito, ter reduzidas ou aniquiladas probabilidades de obter benefícios ou evitar prejuízos.

Para Silva (2009), uma das hipóteses mais comumente enquadradas pela doutrina como de perda da chance é a do advogado que, por erro profissional, deixa de interpor um recurso idôneo ao êxito, aniquilando as chances de sucesso de seu cliente. Embora não haja certeza de que o recurso seria provido, não cabendo indenizar a vítima pela totalidade do valor da tutela judiciária almejada, a perda desta chance é certa e atual e, como aponta aquele autor, pode ser encarada como um prejuízo em si mesma.

Assim, Silva (ob. cit), juntamente com parcela expressiva da doutrina, defende que, caso se entenda que a chance perdida tem valor intrínseco – e muitas vezes tem, como demonstra, por exemplo, o fato de os demandantes pagarem o preparo recursal,

independentemente do resultado do julgamento do recurso –, sua perda representará um dano indenizável, mas sempre em valor inferior ao da vantagem que seria obtida com o êxito, conforme ressalta a unanimidade da doutrina. O juízo dependerá, essencialmente, da subjetividade do julgador e da probabilidade de êxito que vier a ser demonstrada no caso concreto, não sendo indenizáveis as perdas de possibilidades remotas.

O dano indireto – isto é, o reflexo prejudicial sofrido em razão de um dano causado a outrem – é indenizável, desde que seja certo e atual, bem como consequência direta e imediata da causação do dano direto (GONÇALVES, 2009).

A comprovação do dano, nos termos dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), combinados com o artigo 333 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) é, em regra, ônus do consumidor, que, no entanto, pode ser invertido com base no art. 6º, VIII, do Diploma Consumerista.

Portanto, importante destacar que a matéria é regulada precipuamente pelo Código Civil (BRASIL, 2002), nos arts. 402 a 404 e 944 a 954, em cumprimento ao art. 5º, V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que coloca como garantias fundamentais da pessoa humana o direito à reparação dos danos morais, materiais e à imagem.

O Código de Defesa do Consumidor pouco dispõe a respeito, apenas afirmando, no art. 6º, IV, que é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990), pelo que se entende deva a proteção do consumidor ser a mais ampla e eficaz possível.

1.2.2 Nexo de imputação

O nexos de imputação é o dever legal de reparar o prejuízo. Embora não receba maior atenção na imensa maioria dos trabalhos doutrinários, é, ao lado do dano, um elemento essencial de qualquer sistema de reparação civil, pois é impossível falar em responsabilidade sem responsável.

Neste ítem, adotamos as considerações do professor Sanseverino (*ob. cit.*) a respeito da matéria no Código de Defesa do Consumidor, autor que a nosso ver se ocupou mais detidamente do tema.

A tendência inicial do direito civil foi imputar a responsabilidade ao culpado pelo dano. No entanto, como ensina aquele professor, logo surgiram situações com as quais este

sistema era incapaz de lidar, como os acidentes de trabalho e os acidentes de consumo. Nestes casos, é comum que o prejuízo ao lesado provenha de circunstâncias do ambiente de trabalho ou de defeitos no produto, sendo impossível ou difícilimo opontar sua relação com a conduta de alguém, quanto mais comprovar a ocorrência da culpa.

Como explica o autor, para não deixar as vítimas destas situações desamparadas, concebeu-se sistemas de responsabilidades em que a imputação é baseada não na prática de um ato culposos causador do dano, mas no domínio das circunstâncias em que o dano ocorre, ou seja, na criação dos riscos que, concretizando-se em sinistros, prejudicam a vítima.

Nestes sistemas, é comum que, ao eleger as situações de risco dignas de regulamentação legal, o legislador determine os incumbidos de arcar com eventuais sinistros, ao invés de apenas positivar uma regra geral de imputação como a que há no Código Civil (BRASIL, 2002), em que o culpado pelo dano responde pelo prejuízo.

Foi o que ocorreu no sistema do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Na visão daquele professor, o diploma disciplinou o nexo de imputação levando em consideração uma série de particularidades, com o objetivo de distribuir de forma razoável os ônus da reparação entre os diversos integrantes da cadeia de fornecimento e, ao mesmo tempo, melhor amparar o consumidor, que dificilmente tem condições de determinar qual dos fornecedores foi o real responsável pelo defeito, muito menos identificar um responsável quando não discriminado no produto, ou demandá-lo quando encontra-se no estrangeiro.

Em classificação amplamente aceita, aquele autor divide os responsáveis em 3 classes: os responsáveis reais, o responsável presumido e o responsável aparente.

Responsáveis reais são as pessoas abarcadas pelos termos fabricante, produtor e construtor do art. 12 e pelo termo prestador de serviço do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Incluem-se, ainda, nos termos do art. 25, § 2º, os construtores fabricantes, importadores e incorporadores de componentes usados na fabricação do produto ou na prestação do serviço.

O grupo, em resumo, engloba todos os que, de qualquer forma, contribuíram para a produção do produto ou a prestação do serviço. O objetivo é responsabilizar precipuamente este grupo que, por deter controle sobre a produção e a prestação, é capaz de prevenir os riscos a que o produto ou serviço expõe o consumidor, sendo os danos normalmente decorrentes de sua atividade.

Responsável aparente é o comerciante do produto, só respondendo diretamente quando conservar inadequadamente o bem, e subsidiariamente quando os responsáveis principais não puderem ser identificados ou não estiverem discriminados no produto.

O legislador buscou reduzir a responsabilidade direta do comerciante em relação aos responsáveis principais, pois este, em regra, além de ter menos capacidade econômica para suportar os prejuízos que aqueles, não detém o controle do processo produtivo, limitando-se a estocar e revender os bens, motivo pelo qual é compreensível que só responda diretamente em caso de má conservação, pois os riscos advindos de sua atividade se limitam a isto.

O fato de responder subsidiariamente por quaisquer outros defeitos quando os responsáveis reais não puderem ser identificados explica-se pela preocupação do Código em amparar os consumidores o máximo possível, evitando que arquem com os prejuízos de danos anônimos, tema caro ao direito do consumidor desde suas origens.

Por fim, responsável presumido é o importador, que responde diretamente por quaisquer defeitos, embora, em regra, não tenha o domínio da cadeia produtiva e a capacidade econômica típicos dos responsáveis reais. Trata-se, novamente, de alargamento do nexo de imputação por preocupação de amparo ao consumidor, afinal, os responsáveis reais pelos defeitos dos produtos importados encontram-se no estrangeiro, sendo inviável ao consumidor demandá-los e, por vezes, difícilíssima sua identificação.

Nos termos dos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), todos os responsáveis são solidariamente responsáveis pela reparação do dano. Significa que o consumidor poderá demandar todos os integrantes da cadeia produtiva, com exceção do comerciante, que só pode ser demandado naquelas hipóteses específicas.

Os responsáveis reais e o responsável presumido respondem solidariamente pelo defeito do produto mesmo que o defeito não advenha de sua contribuição para o processo produtivo. Trata-se de outra alargação do nexo de imputação em defesa do consumidor, o qual dificilmente tem condições de determinar o fornecedor que causou o defeito.

Em arremate, importante destacar que o Código, no art. 88 (BRASIL, 1990), veda a denúncia da lide, justamente para evitar que o consumidor sofra com mora processual advinda da instauração de uma discussão entre os fornecedores a respeito de qual o causador real do defeito; a solidariedade é estabelecida em benefício do hipossuficiente, não podendo

ser desvirtuada em seu prejuízo por meio de artimanhas processuais, razão pela qual eventual discussão entre os fornecedores deve ser travada em ação autônoma.

1.2.3 Defeito do produto ou do serviço:

Dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) que os defeitos são decorrentes “de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. Prossegue o dispositivo afirmando que “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação”.

Defeito, portanto, é a característica intrínseca do produto ou serviço ou falha na informação ao consumidor que torna o uso do bem ou a fruição do serviço perigosos conforme as expectativas razoáveis de segurança.

Isto não significa que o produto ou serviço não possa apresentar qualquer risco ao consumidor, o que seria impossível. Conforme o artigo 8º do Código (BRASIL, 1990), é perfeitamente lícito que o produto ou serviço acarrete riscos ao consumidor, desde que previsíveis em razão de sua natureza e modo de uso. Nos termos do artigo 9º, o fornecedor pode inclusive introduzir no mercado produtos e serviços considerados nocivos à saúde e à segurança, desde que informe o consumidor suficientemente a respeito de seus riscos e modo de uso. Nos termos do art. 10, apenas os produtos de alta periculosidade são proibidos, assim entendidos aqueles cujos riscos são imprevisíveis e incontroláveis pelo consumidor adequadamente informado.

Assim, resta claro que, a idéia de periculosidade sempre aparece aliada à de previsibilidade, que, por sua vez, é inseparável da de informação. Produto ou serviço que não provê a segurança dele esperada é o que se comporta da maneira nociva imprevisível para o consumidor, o que pode decorrer tanto de características intrínsecas do produto quando da falta de informação.

Dito isso, importa destacar que, no plano abstrato em que nos encontramos, é difícil e até indesejável delinear com maior precisão o conceito de defeito, pois trata-se de

uma cláusula geral de boa-fé objetiva, que só pode ser plenamente preenchida no caso concreto, conforme os critérios que se mostrarem pertinentes. A respeito da boa-fé objetiva, ensina Ruy Rosado de Aguiar:

[...] pode-se definir boa-fé como um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença (1994, p. 13).

E Judith Martins Costa complementa:

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard... o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico (1998).

O conceito de defeito, portanto, deve ser aferido à luz do que se pode considerar como expectativa razoável objetiva de segurança, diante de padrões sociais comuns aos consumidores em geral e do dever de informar que pode ser exigido do fornecedor, e não sob a ótica subjetiva do consumidor lesado no caso concreto.

O fornecedor tem o dever de conceber e fabricar o produto e prestar o serviço de maneira que ele se comporte de forma previsível e segura nas situações de fruição normais, bem como de informar o consumidor a respeito da forma de fruição correta e seus eventuais riscos. A extensão deste dever deve ser avaliada, nos termos dos parágrafos primeiros dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) conforme a época da colocação do produto no mercado, o estado da arte naquele momento, as expectativas dos consumidores de então, dentre outros fatores que se mostrem relevantes.

Nesse aspecto, garrafas que explodem ao serem retiradas do freezer e cortadores de grama cujas lâminas se desprendem e são arremessadas contra o consumidor são produtos defeituosos – no primeiro caso, trata-se de um comportamento totalmente inesperado do produto em uma situação de uso perfeitamente normal, e no segundo de defeito de fabricação, ambos totalmente imprevisíveis e contrários às expectativas de segurança do mercado. Por outro lado, automóveis muito antigos não podem ser considerados defeituosos pela ausência

de dispositivos modernos de segurança, mesmo que estejam muito aquém dos padrões de segurança exigidos pelo mercado nos dias de hoje, pois, quando colocados em circulação, eram considerados adequados, não havendo se falar em violação da cláusula de boa-fé pelo fornecedor, conforme ressalva expressa feita pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) nos parágrafos segundos de seus artigos 12 e 14.

O consumidor, por sua vez, deve seguir as diretivas do fornecedor e agir com bom senso, não se portando de forma absolutamente irresponsável. Não há defeito do serviço de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, se um consumidor adulto é eletrocutado ao introduzir propositalmente seus dedos na tomada, pois trata-se de “fruição” absolutamente anormal do serviço conforme padrões conhecidos por qualquer pessoa maior e capaz.

O defeito é presumido sempre que o consumidor comprovar que sofreu um dano causado por um produto ou serviço colocado no mercado pelo fornecedor, pois, os parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Código (BRASIL, 1990) invertem o ônus da prova a este respeito, afirmando expressamente que o fornecedor “só não será responsabilizado quando provar que o defeito inexistente”.

Isto não quer dizer que o defeito não seja um requisito essencial à responsabilização do fornecedor. Concordar com esta afirmativa não só tornaria inexplicável a excludente da ausência de defeito, como implicaria ignorar o que dizem textualmente os *caputs* dos arts. 12 e 14 do Código (BRASIL, 1990). O que ocorre é que, pela inversão do ônus da prova, tal requisito se considera preenchido até demonstração do contrário; embora, de fato, ocorra a responsabilização em inúmeros casos em que não há defeito – quando não há defeito, mas o fornecedor não consegue provar sua inexistência –, no plano jurídico o pressuposto foi tido como atendido por presunção, não podendo se falar que o fornecedor foi responsabilizado sem a observância desta exigência legal.

1.2.4 Nexa de causalidade

O nexa causal é a relação de causa e consequência entre um fato e o dano. No direito do consumidor, assume a particularidade de se estabelecer não a partir de um ato humano, mas do defeito do produto ou serviço, que deve ser a causa do dano experimentado pelo consumidor para que seja responsabilizado o fornecedor.

Comumente é confundido com o nexo de imputação, o que é equivocado, como ensina Serpa Lopes:

São dois pontos que não se confundem – a relação causal e a imputabilidade. Quando se cogita de imputabilidade ou da culpabilidade, temos que determinar quais as condições necessárias a que um resultado deva ser imputado subjetivamente ao seu autor, enquanto o problema do nexo causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa. (1995, p. 219).

Embora a averiguação do nexo de causalidade costume ser tarefa simples, torna-se complexa, e até tormentosa, conforme aumenta o número de circunstâncias relevantes à produção do resultado.

Na busca pela solução destas questões, acabaram sendo importadas para o direito pátrio, basicamente, três teorias a respeito do nexo causal: a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

A teoria da equivalência dos antecedentes considera causa toda condição sem a qual o resultado não teria ocorrido. Afere-se se determinada condição é causa eliminando-a hipoteticamente; se isto eliminar o resultado, trata-se de causa.

Esta teoria, contudo, dá igual importância a todas as causas, ignorando seu grau de contribuição para o resultado, e alonga infinitamente a cadeia de causalidade, particularidades que conduzem a responsabilizações injustas. Em um homicídio, seriam considerados causas todos os eventos desde a extração da matéria prima passando pela produção da arma até sua venda ao agente, culminando com o disparo.

Nos sistemas de responsabilidade subjetiva, em que o elemento subjetivo limita o conjunto de agentes responsabilizáveis e, portanto, a regressão do nexo de causalidade, isto é menos problemático. No entanto, nos sistemas de responsabilidade objetiva, é necessário restringir mais o nexo de causalidade, sob pena de haver responsabilidade por eventos completamente fora do controle do agente.

A teoria da causalidade adequada se propõe a resolver o problema diferenciando as causas das meras condições. Apura-se as condições que contribuíram para o resultado mediante o mesmo processo hipotético típico da teoria da equivalência dos antecedentes. Dentre as condições, considera-se causas as em tese mais idôneas à produção do resultado, conforme o que normalmente ocorre.

A respeito, a seguinte lição de Cavalieri Filho:

O problema reside justamente neste ponto. Como estabelecer, entre várias condições, qual foi a mais adequada? Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar mais idônea para gerar o evento.

De todos os autores consultados sobre essa questão, e não foram poucos, encontramos na lição de Antunes Varella a fórmula que mais no poderá auxiliar na solução do problema. Não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano. Assim, prossegue o festejado Autor, se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o fato ilícito. A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida (Obrigações, Forense, p. 251-252) (2008, p. 48).

Assim, para a teoria da causalidade adequada, somente os fatos que, em tese, tem maior probabilidade de produzir o resultado conforme o que normalmente ocorre podem ser considerados causas.

Mas isto não basta para definir juridicamente a causa do dano. Com base no art. 403 do Código Civil (BRASIL, 2002), defende-se (ALVIM, *ob. cit.*, GONÇALVES, *ob. cit.*), ainda, que nosso direito adotou, concomitantemente com a teoria da causalidade adequada, a teoria do dano direto e imediato. Reza aquele dispositivo que “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Os autores não costumam definir de forma sintética e positiva o que tornaria uma causa direta e imediata. Ao revés, elucidam a teoria por meio de exemplos e definições negativas. Como destaca Agostinho Alvim (1980), a ideia prevalente é a de que uma segunda causa determinante do dano e independente da primeira faz com que o dano deixe de ser consequência direta e imediata desta primeira, rompendo o nexo de causalidade entre ela e o dano. Ademais, ressalta Cavalieri Filho que:

[...] a expressão ‘efeito direto e imediato’ não indica a causa cronologicamente mais ligado ao evento, temporalmente mais próxima, e sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas. Com frequência, a

causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa” (*ob. cit.*, p. 50/51).

Assim, pode-se dizer que a teoria do dano direto e imediato é um método que visa definir, entre duas ou mais causas em tese adequadas, qual a verdadeiramente determinante do dano, considerando-se direta e imediata a causa cujos efeitos não forem interrompidos ou tornados irrelevantes por outra(s) de maior contribuição para a ocorrência do resultado.

No tocante à responsabilidade omissiva, Aguiar Dias (1994) complementa as lições: “*Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade, o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano*”. O comentário é pertinente também no que diz respeito aos deveres de prevenir ou obstar o caso fortuito e a força maior, como se verá adiante.

Definido o que pode ser considerado causa, há se enfrentar mais duas questões relativas ao nexa causal que costumam suscitar controvérsias complexas em casos concretos: a da concorrência de causas e a da concausalidade.

Para Cavalieri Filho (*Ob. Cit.*) consideram-se duas causas concorrentes quando ambas são determinantes e contribuem na mesma medida para a produção do resultado, não havendo como estabelecer qual a preponderante. É o que ocorre, por exemplo, quando dois motoristas colidem seus veículos ao avançar o sinal vermelho simultaneamente: se qualquer dos dois houvesse respeitado a sinalização, o dano não teria ocorrido.

Na imensa maioria das situações, contudo, haverá uma causa preponderante do evento, não havendo se falar em causalidade concorrente.

Ainda segundo Filho (*Ob. Cit.*) concausa é uma circunstância que agrava as consequências da causa. A concausa não dá início ao nexa de causalidade, não produziria o resultado por si só, apenas o torna mais grave ou mais provável.

O autor distingue as concausas preexistentes e supervenientes.

As preexistentes – sendo a mais comum uma eventual fragilidade da vítima – nunca atenuam nem excluem a responsabilidade, independentemente de o agente ter ou não conhecimento da concausa, pois ele colocou em movimento o processo que resultou no dano.

Já supervenientes podem ou não excluir a responsabilidade, conforme tenham ou não capacidade de produzir o resultado de forma autônoma da conduta do agente, pois a concausa autônoma, configurando-se como causa direta e imediata superveniente do dano, exclui o nexa de causalidade entre este e a conduta do agente.

Assim, o agente que fere a vítima, a qual vem a morrer em razão da demora no socorro continua respondendo pelo resultado, pois a vítima sequer necessitaria de socorro não fosse a agressão. Por outro lado, o agente que fere a vítima, a qual é atendida, vindo, posteriormente, a morrer em razão de uma infecção hospitalar, não responde pelo resultado, pois a infecção foi superveniente e autônoma em relação à sua conduta, causando o resultado morte por conta própria.

Importante destacar, ademais, que, como já adiantou Aguiar Dias (*ob. cit.*), muito embora a omissão não seja causa, por ser, justamente, uma não-ação, é equiparada à causa quando o agente possui um dever de evitar o resultado. Como explica Cavalieri Filho (*ob. cit.*), este dever resulta, normalmente, da criação do risco da produção do resultado, da Lei ou de negócio jurídico.

A questão é complexa nas hipóteses de responsabilidade civil comum. No entanto, em matéria de relações de consumo, não se trata de ações ou omissões humanas, mas da existência ou inexistência de defeito no produto e sua relação com o dano, e falar em omissão do produto soa absurdo, para dizer o mínimo.

A discussão a respeito da omissão do fornecedor, seja de diligência no conceber, fabricar e comercializar o produto ou prestar o serviço, seja no momento de prestar informações, acabará abarcada pela discussão a respeito da existência de defeito, e não propriamente de nexo de causalidade, que aqui deve ser averiguado entre o defeito e o dano. A matéria será melhor explorada nos capítulos seguintes, quando tratarmos do caso fortuito interno.

Havendo mais de um (con)causador do dano, todos respondem solidariamente, com direito de regresso entre si, na medida da contribuição de cada um, conforme dispõe os arts. 942 do Código Civil (BRASIL, 2002) e 7º, § único, 25, § 1º, e 34, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Neste capítulo teceremos considerações a respeito do caso fortuito e da força maior no sistema de responsabilidade subjetiva do Código Civil de 2002.

Trataremos do conceito das excludentes, da distinção dos dois institutos, seus pressupostos legais – com destaque para o elemento subjetivo –, seu plano de operação e a particularidade do fortuito interno.

Os contornos específicos que estes institutos assumem no sistema de responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, bem como sua admissibilidade naquele sistema, serão tratadas no capítulo seguinte.

2.1 Conceito. Espécies distintas?

A única previsão legal genérica do caso fortuito e da força no Código Civil de 2002 encontra-se seguinte dispositivo:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (BRASIL, 2002).

Como afirma Noronha (2010), com base nesta redação, pode-se afirmar que caso fortuito ou força maior são eventos que ocorreriam espontaneamente, sem a contribuição dos envolvidos (“fato necessário”), cuja ocorrência não há como prevenir (“não era possível evitar”) e cujos efeitos não há como obstar (“ou impedir”), tornando inviável o cumprimento de uma obrigação ou, em matéria de responsabilidade civil, ocasionando o dano à vítima.

A jurisprudência não se preocupa em distinguir rigorosamente as duas figuras.

A doutrina, por outro lado, contém rica e extensa discussão a respeito da matéria, cuja dimensão é bem delineada na seguinte passagem da obra de Washington de Barros Monteiro:

Sujeita-se a controvérsia a diferenciação entre caso fortuito e força maior. Entendem uns que essas expressões são sinônimas, ou, pelo menos, equivalentes, do ponto de vista de suas consequências jurídicas. Afirmam outros, ao inverso, que se não confundem os dois conceitos, divergentes entre si por elementos próprios e

específicos. A primeira corrente é denominada subjetiva, enquanto a segunda se qualifica de objetiva.

Teoricamente, distinguem-se os dois conceitos. Várias teorias procuram sublinhar-lhes os traços distintivos: a) teoria da extraordinariedade; b) teoria da previsibilidade e da irresistibilidade; c) teoria das forças naturais e do fato de terceiro; d) teoria da diferenciação quantitativa; e) teoria do conhecimento; f) teoria do reflexo sobre a vontade humana.

De acordo com a primeira, há fenômenos que são previsíveis, mas que não quanto ao momento, ao lugar e ao modo de sua verificação. Qualquer pessoa pode prever que no inverno vai gear, mas ninguém pode precisar quando, em que ponto e com que intensidade ocorrerá o fenômeno. Em tal hipótese, entra este na categoria do caso fortuito. Por outro lado, existem acontecimentos que são absolutamente inusitados, extraordinários, imprevisíveis, como o terremoto e a guerra. Defrontamos então com os casos de força maior.

Pela segunda, a vis maior é aquela que, conquanto previsível, não dá tempo nem meios de evitá-la; caso fortuito, ao contrário, é o acontecimento de todo imprevisto.

Para a terceira, resulta força maior de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como o granizo, o raio e a inundação; o caso fortuito decorre de fato alheio gerador de obstáculo que a boa vontade do devedor não logra superar, como a greve, o motim e a guerra.

De conformidade com a quarta, existe caso fortuito quando o acontecimento não pode ser previsto com diligência comum; só a diligência excepcional teria o condão de afastá-lo. A força maior, ao inverso, refere-se a acontecimento que diligência alguma, ainda que excepcional, conseguiria sobrepujar.

Para a quinta, se se trata de forças naturais conhecidas, como o terremoto e a tempestade, temos a vis maior; se se cuida, todavia, de alguma coisa que a nossa limitada experiência não logra controlar, temos o fortuito.

Finalmente, em consonância com a sexta, sob o aspecto estático, o vento constitui caso fortuito; sob o aspecto dinâmico, força maior. (2012, p. 367/368).

Na sequência, posiciona-se o autor:

Filiamo-nos à terceira dessas correntes, entre nós sufragada por CLÓVIS e JOÃO LUÍS ALVEZ. Reconhecemos, no entanto, com RADOUANT, que, praticamente, pouco importa saber, em face de determinada hipótese, se se trata de caso fortuito ou força maior, pois ambos possuem idêntica força liberatória. (2012, p. 368).

Seguem esta mesma linha – no sentido de que a força maior é um evento natural, enquanto o fortuito é um fato humano, sendo a diferenciação irrelevante do ponto de vista prático – Caio Mário da Silva Pereira (2008), Gonçalves (*ob. cit.*), Venosa (*ob. cit.*) e Sílvia Rodrigues (2012).

Até mesmo autores que diferenciam os institutos a partir de outro critério – como Noronha (2010), que, a partir de uma análise histórica e semântica, entende que fortuito seria o fato imprevisível, enquanto força maior seria o irresistível –, concluem pela inutilidade prática da distinção, por concordarem com os demais que o atual Código Civil trata as duas hipóteses de forma idêntica.

Diante disso, não vemos razões para discutir a fundo a distinção, o que estaria muito além do escopo deste trabalho, uma vez que a matéria é altamente controversa e sem repercussão prática.

No entanto, sem prejuízo da igualdade de tratamento jurídico, há necessidade de estabelecer claramente para o leitor o sentido em que tais expressões serão empregadas. Exclusivamente com esse fim, esclarecemos que adotamos o posicionamento de Pereira (*Ob. Cit.*), Venosa (*Ob. Cit.*), Gonçalves (*Ob. Cit.*), Rodrigues (*Ob. Cit.*) e Monteiro (*Ob. Cit.*), por crermos ser esta a concepção mais em voga entre os operadores do direito, sendo, portanto, a que mais apta a facilitar a comunicação.

Assim, consideraremos que o caso fortuito tem origem humana, enquanto a força maior tem origem natural.

2.2 Pressupostos legais:

Embora a maior parte da doutrina, como Pereira (*Ob. Cit.*) e Rodrigues (*Ob. Cit.*) aponte como pressupostos legais do caso fortuito e da força maior apenas a inevitabilidade e a irresistibilidade, parece-nos mais acurada a posição de Noronha (*Ob. Cit.*) no sentido de que o parágrafo único do art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002) – “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” – evidencia três requisitos para a configuração do caso fortuito ou força maior: a necessidade – ou externidade –, a inevitabilidade e a irresistibilidade do fato. Diz o autor:

As características da irresistibilidade e da imprevisibilidade são importantes, mas a nosso ver não são suficientes para caracterizar o caso fortuito ou de força maior. A elas há que se acrescentar um terceiro requisito, que é enfatizado sobretudo na doutrina e na jurisprudência francesas: a externidade. Se este requisito não estiver presente, não poderemos considerar um fato como sendo verdadeiramente inevitável. É que há fatos que são imprevisíveis e irresistíveis, mas que, devido à circunstância de estarem ligados à atividade desenvolvida por uma pessoa e só acontecerem devido a ela, não podem ser considerados inevitáveis: se a pessoa se abstivesse de atuar, eles não se verificariam.

Por isso, pelo menos no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, a externidade, apesar de normalmente não indicada, parece ser requisito essencial. Existem fatos que preenchem os requisitos da imprevisibilidade e da inevitabilidade e que, apesar disso, não excluem o nexo de causalidade. Cada pessoa tem uma esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que acontecem no seu âmbito. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse sua atuação. Se o fato causador do dano não é externo poderia ser sempre evitado, para

isso bastando a não realização da atividade em cujo decurso ele surge. Nestes casos, o dano ainda é resultante da atuação da pessoa, mesmo que esta esteja isenta de qualquer juízo de censura (ob. cit., p. 654/655).

Fato necessário, ou externo, é aquele que não foi desencadeado pelo agente ou que não faz parte de sua esfera legal de controle.

Fato inevitável é aquele cuja ocorrência as forças do agente não são capazes de prevenir, como, por exemplo, as catástrofes naturais.

Por fim, fato irresistível é o que, uma vez em curso, não se pode obstar as consequências, inarredavelmente infligindo o dano ou implicando o inadimplemento da obrigação.

A diferença entre fato irresistível e fato inevitável é que, enquanto evitar o fato significa impedir sua ocorrência, resistir ao fato significa, uma vez ocorrido, mitigar ou neutralizar seus efeitos. A discussão sobre a irresistibilidade do fato pressupõe a ocorrência.

Há autores, ainda, que incluem a imprevisibilidade como requisito autônomo do caso fortuito ou da força maior, o que não parece correto – porque a Lei exige apenas que o fato seja necessário, inevitável e irresistível para a configuração das excludentes, não exigindo que seja também imprevisível. É a opinião de Caio Mário da Sila Pereira, o qual destaca, no entanto, que a imprevisibilidade pode vir a determinar a inevitabilidade, preenchendo este requisito:

Aprofundano na dissecção do princípio, a doutrina brasileira sustenta que o legislador pátrio filiou-se ao conceito objetivista. Basta, pois, apurar os requisitos genéricos: a) Necessariedade. Não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, bastante paralisar o devedor, porém aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. Se esta se dificulta ou se torna excessivamente onerosa, não há força maior ou caso fortuito. Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a constituir uma barreira intransponível à execução da obrigação. b) Inevitabilidade. Mas não basta que à sua vontade ou à sua diligência se anteponha a força do evento extraordinário. Requer-se, ainda, que não haja meios de evitar ou de impedir os seus efeitos, e estes interfiram com a execução do obrigado. Muito frequente é, ainda, encontrar-se, entre os doutrinadores, referência à imprevisibilidade do acontecimento, como termo de sua extremação. Não nos parece cabível a exigência, porque, mesmo previsível, o evento, se surgiu como força indomável e inarredável, e obstou ao cumprimento da obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo. Às vezes a imprevisibilidade determina a inevitabilidade, e, então, compõe a etiologia desta. O que não há é mister de ser destacado como elemento de sua constituição (ob. cit., p. 385).

Como se vê da lição acima, não há um parâmetro rígido do que seja caso fortuito ou força maior, restando espaço para acentuado subjetivismo na apreciação do preenchimento destes requisitos.

E não poderia ser diferente, pois a excludente visa atender de forma justa às expectativas sociais de exoneração em uma gama infinita de casos regulados por diversos sistemas de responsabilidade civil.

2.3 Culpa e condições pessoais do agente:

É controvertida a possibilidade de se considerar a culpa e as condições pessoais do agente na apreciação dos pressupostos legais do caso fortuito e da força maior. As origens da discussão são bem colocadas por Caio Mário da Silva Pereira:

Como já vimos, é pressuposto essencial da reparação, em regra, a imputabilidade da falta, contratual ou extracontratual, ao agente. A contrária *sensu*, faltando a imputabilidade, descabe indenização. Se, então, a prestação se impossibilita, não pelo fato do devedor, mas por imposição de acontecimento estranho ao seu poder, extingue-se a obrigação, sem que caiba ao credor ressarcimento. O direito romano, na sua lógica impecável, já figurava a liberação do devedor, admitindo a exoneração quando o descumprimento provinha do fortuito ou do acaso, exprimindo-o sucintamente, em termos que até hoje se repetem: *casus a nullo praestantur*. Os romanistas, contudo, travam-se de razões que vêm até os civilistas, divididos em dois planos, no tocante à sua caracterização jurídica. De um lado, os que compõem a corrente subjetivista, encabeçada por Goldschmidt, justificam a exoneração do devedor à vista dos extremos de sua diligência, confundindo a força maior com a ausência de culpa. Esta escola peca do defeito de conspícua extremação: é demasiado rigorosa ao determinar que somente começa a vis maior onde acaba a culpa; e é excessivamente perigosa, porque admite a oscilação do critério judicante em função das aptidões individuais do devedor. De outro lado, planta-se a escola objetivista, liderada por Exner, assentando a imputabilidade como regra e concedendo a liberação do devedor somente na hipótese de surgir um evento cuja fatalidade se evidencie ao primeiro surto ocular, obstando a execução e afastando a ideia de responsabilidade. Esta corrente é forte para sobrepor-se à primeira, pecando entretanto da falha de abandonar as circunstâncias pessoais, inequivocamente ponderáveis na apuração da responsabilidade do agente¹ (*ob. cit.*, p. 384).

A nosso ver, a inclusão da externidade entre os pressupostos legais do caso fortuito e da força maior simplifica o problema.

Isso porque sempre que se discutir a culpa do devedor por desencadear um fato causador do dano ou por não conseguir evitar um fato inerente à sua esfera jurídica pessoal

¹ Veja-se que ao falar em imputabilidade, o autor refere-se à imputabilidade do fato à conduta do agente, ou seja, do vínculo causal entre a conduta e o dano, e não da imputação do dever de indenizar; trata, pois do nexo de causalidade, e não do nexo de imputação, diferenciados no capítulo anterior.

não restará preenchido o requisito externidade, não se enquadrando o fato na definição legal de caso fortuito ou força maior.

Em outras palavras, o pressuposto externidade é estritamente objetivo, pois mesmo se o evento for causado pelo agente de forma involuntária (não culposa), não será externo.

O mesmo não pode ser dito dos requisitos inevitabilidade e irresistibilidade, pois responsabilizar o agente pelo dano afastando o caso fortuito ou a força maior diante da ausência de um destes pressupostos, ou seja, afirmar que o dano se produziu não obstante fosse sua causa, embora externa, evitável e resistível, significa, em última análise, afirmar que o agente não foi diligente o suficiente, que agiu com culpa diante de seu dever de evitar o resultado, pouco importante o quão elevado for o parâmetro de diligência exigido.

Logo, é necessário analisar o elemento subjetivo para fins de preenchimento dos pressupostos inevitabilidade e irresistibilidade.

Divergem os autores quanto ao grau de diligência exigível: se absoluto ou relativo às condições pessoais do agente. Entre os defensores do critério relativo encontram-se Pereira e Rodrigues, com os seguintes argumentos:

Pode até acontecer que o mesmo evento, que facultou a um devedor o cumprimento, para outro já se erija com aquelas características de impedir a prestação. Não vemos aí a instituição de um novo requisito na etiologia da *vis maior*, senão a determinação de que os seus elementos sejam apurados sem subordinação a um critério inflexível. Ao revés, elástico deve ser. Se a inevitabilidade fosse absoluta, então o fortuito não precisaria de apuração. Por ser relativa, e por admitir que o que um devedor tem força para vencer outro não domina, é que o critério de apuração dos requisitos obedece a um confronto com as circunstâncias especiais de cada caso. (PEREIRA, *ob. cit.*, p. 386).

A excessiva severidade dos tribunais, na admissão do caso fortuito como exonerador da responsabilidade, principalmente em um país como o nosso em que o seguro de responsabilidade é pouco difundido, pode aumentar enormemente o número de casos em que o agente, embora agindo sem culpa, causa dano a outrem e é obrigado a indenizar. Tal solução, como já foi apontado, em muitos casos apenas transferirá a desgraça da vítima para a pessoa do agente, este também inocente e desmerecedor de tão pesada punição (RODRIGUES, 2000, p. 177).

Esta não nos parece ser a melhor posição.

Como destaca Silva (*ob. cit.*), com apoio em lições de Anelise Becker e José de Aguiar Dias, a exigência da culpa para a responsabilização civil é um traço da moral individualista que inicialmente predominou no direito civil, à época mais preocupado em

assegurar o patrimônio dos indivíduos que agissem sem culpa – ou seja, de forma moralmente irreprovável segundo o paradigma liberal –, do que em amparar às vítimas e solidarizar os prejuízos.

Seguindo esta linha de pensamento, Silva defende que a inclusão do solidarismo entre os sustentáculos do Estado Brasileiro e da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa entre seus fundamentos implica a necessidade de rejeição do individualismo típico do Estado Liberal e o desenvolvimento de um sistema solidarista de reparação de danos, tendência que já vem sendo constatada pelos mais diversos autores, como Gonçalves (ob. cit.), Nunes (ob. cit.), Sanseverino (ob. cit) e Noronha (*ob. cit*).

Por força disso, a Constituição Federal determinaria uma interpretação dos institutos da responsabilidade civil mais objetivista e amparadora da vítima, colocando em segundo plano as condições pessoais do agente para aferir-se em abstrato os requisitos irresistibilidade e inevitabilidade.

Em resumo, superados os radicalismos individualistas do paradigma liberal pela entrada em vigor de nossa Constituição, altamente solidarista, não haveria mais fundamento para impor à vítima os ônus provenientes da conduta do autor, mesmo que não culposa, devendo-se, à luz disso, atualizar a interpretação do direito civil.

Dito isso, concluindo este ítem, temos que o pressuposto necessidade é objetivo, mas pode ser necessário levar em conta o elemento subjetivo – embora com elevado rigor e de forma abstrata, sem levar em consideração as condições pessoais do agente – na apreciação dos pressupostos inevitabilidade e irresistibilidade.

2.4 Efeitos das excludentes e diferenciação entre fortuito interno e externo.

Explicou-se anteriormente que a externidade é uma característica essencial do caso fortuito e da força maior.

Não raro, circunstâncias ligadas à pessoa, à atividade e aos bens do agente, enfim, à sua esfera de domínio, contribuem para o dano. Típicos são os casos dos produtos que causam danos ao consumidor em razão de defeitos de fabricação, bem como os acidentes automobilísticos decorrentes de falhas mecânicas.

Como destaca Cavalieri Filho (*ob. cit.*) tais acontecimentos vem sendo denominados fortuitos internos, em contraposição aos chamados fortuitos externos, que nada

mais são que o caso fortuito e a força maior propriamente ditos, dotados de externalidade, com os contornos delineados no item anterior.

Na responsabilidade culposa, a exoneração por fortuito interno comporta alguma discussão. Provando o agente que tomou todas as providências para que o fortuito não ocorresse, ou seja, que o fato, embora originado em sua esfera de domínio, foi produto de circunstâncias verdadeiramente incontrolláveis, haverá exclusão da responsabilidade.

Se, no entanto, o agente não tiver feito tudo o que estava a seu alcance para evitar o fortuito interno, sendo este, por exemplo, produto de má-conservação de uma máquina de sua propriedade, não se poderá considerar o evento como sendo inevitável ou irresistível, subsistindo, ao revés, a responsabilidade (GONÇALVES, *ob. cit.*).

Como bem observa Noronha (*ob. cit.*), sendo a circunstância não somente inevitável e irresistível, mas também externa, a ocorrência do dano será um fato autônomo, que ocorre por si mesmo sem contribuição do agente. Por essa razão, assevera o autor, o efeito do caso fortuito e da força maior propriamente ditos é a exclusão do nexo de causalidade.

Ainda segundo este ponto de vista, sendo a circunstância ligada à esfera de controle do agente, ou seja, tratando-se de fortuito interno, subsistirá contribuição do agente para a ocorrência do dano, havendo nexo de causalidade. A exoneração só ocorrerá se não houver culpa, de modo que o efeito do fortuito interno é a exclusão do nexo de imputação na modalidade específica que este assume no sistema clássico de responsabilidade subjetiva.

Por essa razão, o fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços ao consumidor, pois o sistema do CDC visa, justamente, obrigar o fornecedor a arcar com todos os riscos inerentes à sua atividade e disciplina o nexo de imputação a partir de outros critérios que não a culpa.

Na verdade, a ideia de risco vem tornando o fortuito interno uma excludente em extinção até mesmo na responsabilidade subjetiva, pois os tribunais vem responsabilizando o agente objetivamente pelos danos causados a terceiros advindos de fatores de risco dentro de sua esfera de controle, principalmente em se tratando de atividades perigosas ainda sujeitas a sistemas de responsabilidade fundados na culpa, como o uso de automóveis por pessoas comuns. Estes pontos são bem ilustrados por Gonçalves:

Hoje, no entanto, em razão dos novos rumos da responsabilidade civil, que caminha no sentido da responsabilidade objetiva, buscando dar melhor proteção à vítima de modo a não deixá-la irressarcida, valendo-se, para alcançar esse desiderato, dentre outras, da teoria do exercício de atividade perigosa, considerando-se como tal o uso de veículos para o conforto do proprietário, observamos uma tendência cada vez

maior no sentido de não se admitir a exclusão da responsabilidade em acidentes automobilísticos em casos de fortuito interno (problemas ou defeitos ligados à máquina e ao homem).

Somente o fortuito externo, isto é, a caus aligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível. Nas hipóteses de defeitos mecânicos, aplica-se a teoria do exercício da atividade perigosa, que não aceita o fortuito como excludente da responsabilidade. Quem assume o risco do uso da máquina, desfrutando dos cômodos, deve suportar também os ônus.

[...]

Na hipótese de não haver a menor culpa, incide a responsabilidade objetiva, decorrente unicamente do ônus da propriedade do veículo, como assinala ARNALDO RIZZARDO, que complementa: 'Há de ser assim. Injusto e contrário à equidade se negue o direito ao ressarcimento em favor do prejudicado, livrando o causador da obrigação de reparação' (*ob. cit.*, pgs. 452/453).

Conclui-se, portanto, que o caso fortuito e a força maior propriamente ditos excluem o nexo de causalidade e diferenciam-se do fortuito interno por serem externos em relação à conduta e à esfera de controle do agente, enquanto o fortuito interno exclui, quando muito, somente a culpa, não se prestando à exoneração do fornecedor de produtos e serviços ao consumidor.

2.5 Concurso de caso fortuito e de força maior com outras circunstâncias:

Embora não seja a regra, não se descarta a hipótese de haver concurso entre condutas do agente, circunstâncias humanas além de seu controle e fatos da natureza na produção do dano.

Neste aspecto, tudo o que consta do item 1.2.4 do capítulo anterior a respeito do nexo de causalidade, das teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato, das causas concorrentes, da concausalidade e da causalidade nas condutas omissivas se aplica aqui, e seria digno de repetição.

No entanto, por questões de economia, remete-se o leitor àquele tópico, acrescentando, apenas, que aquelas considerações não são pertinentes única e exclusivamente às causas provenientes de condutas do agente, aplicando-se também às causas envolvendo as forças além de seu controle.

Dito isso, conclui-se o presente capítulo, restando ingressar nas questões relativas ao caso fortuito e à força maior atinentes especificamente ao sistema de responsabilidade civil consagrado no Código de Defesa do Consumidor, matéria que é o objeto principal deste trabalho.

3 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo, tendo por base os dois anteriores, trataremos das questões em torno do caso fortuito e da força maior próprias do sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor.

Iniciaremos pelo problema da falta de previsão expressa destas excludentes no diploma e na aparente vedação contida nos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Diploma.

Na sequência, trataremos da interação entre a teoria do risco da atividade, o fortuito interno e a força maior.

Versaremos as particularidades que tomam os pressupostos legais do fortuito externo e da força maior no sistema do CDC em comparação com o Código Civil.

Por fim, apreciaremos a hipótese de coexistência de defeitos e caso fortuito ou força maior, bem como do concurso de diversos produtos e prestadores de serviço para a produção do dano.

3.1 Aplicabilidade

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) não previu expressamente o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade do fornecedor. Por isso, discute-se na doutrina se pode o fornecedor invocá-las.

As razões da controvérsia são basicamente duas: primeiramente, a discussão em torno do fundamento da responsabilidade do fornecedor – se a teoria do risco integral ou a teoria do risco da atividade –, uma vez que duas das características mais marcantes da teoria do risco integral são a inadmissibilidade de excludentes não previstas expressamente em lei e a desnecessidade de nexo de causalidade – onde muitos vem implícita a admissibilidade da excludentes do caso fortuito e da força maior – para fins de responsabilização; em segundo lugar, o fato de o Código (BRASIL, 1990) ter aparentemente consignado que o rol de excludentes dos arts. 12 e 14 seria taxativo, pois os respectivos parágrafos afirmam que o fornecedor só não responde quando provar as excludentes ali enumeradas.

Quanto à primeira tese, explicou-se no Primeiro Capítulo que o Código adotou a teoria do risco da atividade ao prever expressamente a necessidade de nexo de causalidade para fins de responsabilização e buscar mitigar os riscos imputados ao fornecedor através do conceito de defeito, garantindo que ele só fosse responsabilizado pelos danos provenientes dos riscos inerentes à atividade produtiva, e não de todo e qualquer risco envolvendo os produtos e serviços.

Assim, descarta-se a tese contrária à admissibilidade das excludentes calcada na adoção da teoria do risco integral pelo Código de Defesa do Consumidor, remetendo-se o leitor ao item 1.1.

Quanto à segunda tese, importante destacar, antes de mais nada, que a mera falta de previsão legal expressa do caso fortuito e da força maior não significa que sejam elas ininvocáveis.

Isso porque, seja nos sistemas de responsabilidade civil baseados na culpa, seja nos baseados no risco, a regra no ordenamento pátrio é que não se consigne expressamente o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade. Exemplo disso é que o Código Civil (BRASIL, 1990) não menciona o caso fortuito e a força maior ao tratar da responsabilidade aquiliana por risco ou culpa, fazendo-o somente ao tratar da responsabilidade contratual, no art. 393; e o art. 37, § 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) não fala de nenhuma excludente ao tratar da responsabilidade do Estado – e nem por isso se cogita não caiba nenhuma delas.

Tal se deve ao fato de estes sistemas de responsabilidade civil, assim como o do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), exigirem o nexo causal como pressuposto da responsabilização – que resta rompido na hipótese de caso fortuito ou força maior, como explicado no Capítulo 2.

Afastada a tese de que a responsabilidade do fornecedor funda-se no risco integral, a mera falta de previsão legal expressa do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade não é suficiente para afastar sua aplicabilidade, pois o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) exige nexo causal para responsabilização.

Isto posto, para concluir pela inaplicabilidade destas excludentes, seria necessário demonstrar que sua invocação foi vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, em exceção ao que normalmente ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste aspecto, há autores (NERY JÚNIOR, 1992. NUNES, *ob. cit.* ALVIM, E., 1995) que entendem que o advérbio “só” presente nos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor impõe a taxatividade das excludentes enumeradas expressamente, vedando a arguição de outras, notadamente as sob análise.

Este argumento, no entanto, parece levar em consideração os parágrafos fora de contexto – desconsiderando os *caputs*. Para melhor entender a questão, importante ler os dispositivos, a seguir transcritos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 1990).

Se por um lado, conforme os parágrafos terceiros, o ônus da prova das excludentes é do fornecedor. A necessidade de comprová-las, por outro, pressupõe, em regra, que o consumidor tenha comprovado a relação de consumo, o dano e a relação entre o dano e o produto. Se restar comprovado que o dano não foi causado pelo produto, não há responsabilidade, restando as excludentes caso fortuito e força maior aí implícitas conforme nossa tradição jurídica, que não costuma prevê-las expressamente quando a lei enumera o nexo causal entre os pressupostos da responsabilização. É esta, há longa data, a opinião de Herman Benjamin:

O caso fortuito e a força maior – a regra no nosso direito é que o caso fortuito excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar (1991, pg. 67).

No mesmo sentido, mas mais explicativa, é a seguinte lição de Jaime Marins:

Reconhece-se na força maior o caráter de seccionadora do nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilidade civil, mesmo nos sistemas em que se prescinde da culpa, o que a faz servir como exoneradora da responsabilidade mesmo que não prevista expressamente na Lei como eximente, porque permanece válida a regra de Direito Civil que reconhece à força maior a virtude de excluir a responsabilidade aquiliana. Isto é, se a força maior assume o papel de única causadora do dano de modo a que a vítima sequer pode comprovar que o produto era defeituoso, ou, ainda que venha a comprová-lo, não consegue estabelecer o nexo causal com o dano, não há responsabilidade civil do fornecedor por falta de um dos requisitos da mesma (1993, p. 154).

Do que não divergem substancialmente os autores do anteprojeto do Código, que acrescentam que a questão é eminentemente fática, de modo que a omissão legislativa não tem o condão de afastar a apreciação judicial:

Quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão a defeito no produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. [...] A eximente caso fortuito e força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que irá suprimi-la do universo jurídico (Grinover *et al*, 2001, p. 171).

Não bastasse isso, também há autores, como Silvio Ferreira da Rocha (1992, p. 112/113), que visualizam a previsão das excludentes caso fortuito e força maior implícita nas excludentes de inexistência de defeito e fato de terceiro enumeradas no Código.

A lição é correta no que diz respeito ao fato de terceiro, que é uma modalidade de caso fortuito. Contudo, tanto o caso fortuito como a força maior são compatíveis com a existência de defeito, apenas rompendo o nexo causal entre ele o dano, como, aliás, destaca Marins no exerto acima. Defeito e caso fortuito – sob o ponto de vista da responsabilidade do fornecedor – coexistiriam, por exemplo, no caso de um consumidor que compra um carro com freios que não funcionam e morre em um acidente de trânsito cuja causa determinante foi a conduta de outro motorista.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que o caso fortuito e a força maior encontram abrigo no sistema do Código de Defesa do Consumidor, afirmando

textualmente que não é correta a interpretação literal dos referidos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14. Eis a ementa do *leading case*:

Automóvel. Roubo ocorrido em posto de lavagem. Força maior. Isenção de responsabilidade.

O fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas.

Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil [de 1916]. A inevitabilidade e não a imprevisibilidade é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSÇA. Terceira turma. Recurso Especial n. 120.647, Relator Min. Eduardo Ribeiro, 2000).

Em outra decisão, o Tribunal inclusive explicitou que a aplicabilidade do caso fortuito e da força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor está implícita na previsão do nexo de causalidade como pressuposto para a responsabilização:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ASSALTO EM ESTAÇÃO DO METRÔ - CASO FORTUITO.

1. A empresa prestadora de serviço é responsável pelos danos causados ao usuário em decorrência do serviço ou de sua falta.
2. Foge do nexo de causalidade os eventos ocorridos em decorrência de caso fortuito ou força maior.
3. Assalto ocorrido nas escadas de acesso ao metrô não pode ser considerado como falta do serviço, equiparando-se a assalto ocorrido em transporte coletivo.
4. Recurso especial provido (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSÇA. Segunda turma. Recurso Especial n. 402.708. Relatora: Min. Eliana Calmon, 2005).

Não há precedentes divergentes destes naquela Corte, razão pela qual pode-se considerar pacífica a jurisprudência no sentido de que o caso fortuito e a força maior encontram abrigo no sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor, implícito na exigência de nexo causal como pressuposto para responsabilização, e eximem o fornecedor de responsabilidade.

Ao lado disso, parece segura a orientação doutrinária favorável à aplicabilidade destas excludentes, figurando excessivamente onerosas ao fornecedor as posições em sentido contrário.

Por essas razões, o caso fortuito e a força maior são aplicáveis no sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor, encontrando previsão implícita na necessidade de haver nexo causal entre o defeito e o dano para que haja responsabilidade.

3.2 Defeito e fortuito interno

Explicou-se nos capítulos anteriores que, na responsabilidade civil clássica, fundada na culpa, por caso fortuito interno entende-se aqueles fatos causadores do dano ligados à atividade, à pessoa ou aos bens do responsável.

Afirmou-se, ainda, que a exclusão de responsabilidade por caso fortuito interno, em sistemas de responsabilidade subjetiva, só pode ser feito no caso concreto e depende da inexistência de culpa do agente.

Destacou-se, também, que o sistema de responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do sistema tradicional, é fundado na teoria do risco da atividade, onerando o fornecedor pelos riscos inerentes à exploração do mercado de consumo e delimitando estes riscos através do conceito de defeito do produto ou serviço.

Como o fornecedor responde independentemente de culpa pelos riscos ligados à sua atividade, o fortuito interno, tal como foi desenvolvido no sistema clássico, não exclui a responsabilidade civil baseada no sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Os autores que admitem a excludente caso fortuito no Código de Defesa do Consumidor, como Sanseverino (*Ob. Cit*) e Benjamin (*Ob. Cit*), são unânimes em afirmar que o fortuito interno inclui-se entre os riscos da atividade e é perfeitamente evitável mediante controle de qualidade.

Conforme este pensamento, o fortuito interno ocorre quando o produto ou o serviço não atingem os padrões de segurança que deles se espera, ou seja, quando o produto ou serviço são defeituosos, devendo o fornecedor ser responsabilizado.

Assim, embora a expressão fortuito interno designe uma situação de exclusão de responsabilidade no sistema de responsabilidade civil baseado na culpa, se refere a uma situação de responsabilidade no sistema do Código de Defesa do Consumidor.

A aferição do que seja fortuito interno também é completamente diferente no sistema consumerista, sendo balizada pela teoria dos riscos da atividade e coincidindo com o conceito de defeito, não havendo se cogitar da culpa.

De forma coerente com esse raciocínio, os autores que admitem o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade do fornecedor costumam exemplificar o fortuito interno como um defeito originado na cadeia produtiva, antes da colocação do produto no mercado.

A título de exemplo, leia-se:

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se a noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas conseqüências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável. (CAVALIERI FILHO, *ob. cit.*, p.490).

Embora, conforme tudo o que já foi exposto, esteja correto o fundamento de que o fortuito interno não exclui a responsabilidade por ser inerente aos riscos da atividade produtiva, é importante destacar que o fenômeno tem aceitação mais ampla do que a indicada nos enunciados acima e na doutrina em geral.

A definição de fortuito interno como imprevisto anterior ao fornecimento dá a entender que seriam falhas na linha de montagem de um produto, colocando em segundo plano os ligados a outras espécies de defeito, como, por exemplo, os de concepção (embora os inclua).

Ademais, tal definição não acomoda bem os fortuitos internos ligados à prestação de serviços, especialmente em se tratando de serviços prestados de forma permanente ao consumidor, pois nesses casos o fortuito interno costuma ocorrer durante a prestação. Exemplo disso são as fraudes aos serviços de conta corrente e cartão de crédito, em que é elemento essencial do serviço prestado pelo banco garantir de forma permanente a segurança do numerário do cliente. Não obstante a fraude ocorra, obviamente, quando o consumidor já é correntista e o serviço está sendo prestado, os Tribunais a vem considerando fortuito interno, ou seja, defeito, sem maiores hesitações.

Não se nega que o critério do momento da origem defeito seja útil para identificar o fortuito interno em muitos casos de defeito do produto, não obstante, não se pode reduzir o fortuito interno somente a esta hipótese.

Em suma, a análise do que seja fortuito interno confunde-se sempre com a análise do que seja defeito, que é uma cláusula geral de responsabilidade baseada na boa-fé objetiva cujos limites só podem ser aferidos de forma precisa no caso concreto, não cabendo definir o que seja defeito de forma abstrata. Caberá indagar, caso a caso, se o consumidor tinha

razoável expectativa de que o produto ou serviço se mostrasse seguro diante dos fatores acoimados de fortuito, para definir se responde, ou não, pelo dano.

Em arremate, importante destacar que a incursão nesta discussão de maneira nenhuma implica subjetivação do sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor, pois se estará apenas discutindo os limites objetivos dos deveres legais do fornecedor enquanto pessoa responsável pela colocação dos produtos e serviços no mercado, e não avaliando seu comportamento individual. O que estará em discussão são as expectativas objetivas de segurança do consumidor, sendo irrelevante, diante disso, o fato de o fornecedor dever ou não prever ou evitar a circunstância acoimada de fortuito ou força maior.

Sobre a questão, Cláudia Lima Marques tece lúcidas considerações:

Não se diga que a ideia do descumprimento de um dever legal de segurança (existência de defeito no produto), isto é, a exigência de um ato antijurídico para que se impute responsabilidade legal a seus agentes, não é compatível com a teoria da responsabilidade objetiva, que visa, em última análise, regular os efeitos de um ilícito civil (ato valorado como antijurídico) e alcançar uma justiça distributiva. A teoria da responsabilidade objetiva entre nós evoluiu baseando-se em leis especiais, que excluíam a questão da culpa e imputavam o dever de reparar a uma determinada pessoa. A responsabilidade objetiva acostumou-se a ser uma responsabilidade *leal* (*gesetzliche Hafnung*), para a qual o momento decisivo era a imputação do dano a uma determinada pessoa (*Zurechnung*), não por culpa deste agente, mas por sua condição pessoal, por sua condição de agente capaz de suportar as consequências do evento danoso. Parece-nos que mais uma vez isso ocorreu, como caminho de compromisso entre a responsabilidade pura pelo risco da atividade e a responsabilidade baseada na culpa presumida. O sistema do CDC é somente criticável pela falta de possibilidade de o juiz, em caso de produtos não industrializados, imputar a responsabilidade prioritariamente ao comerciante, geralmente mais forte economicamente que o produtor artesanal. (*ob. cit.*, p. 1276/1277).

Não bastasse isso, além de incabidas, incursões na discussão a respeito da culpa do fornecedor poderiam facilmente levar a distinções de tratamento entre fornecedores, prejudicando a natureza competitiva da exploração do mercado capitalista, o que certamente não é o objetivo do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, em se tratando de responsabilidade civil do fornecedor, o que costuma-se denominar fortuito interno nada mais é que uma modalidade de defeito do produto ou do serviço, pela qual responde o fornecedor; e a discussão a esse respeito não implica subjetivação da responsabilidade do fornecedor.

3.3 Defeito e força maior

Nos capítulos anteriores, restou consignado que o que diferencia o caso fortuito da força maior é que aquele é ligado à ação humana, enquanto esta é um fato naturalístico.

Embora seja amplamente difundida a ideia de que a força maior sempre exclui a responsabilidade, não comportando distinção que se faz entre fortuito interno e externo, é importante destacar que, em se tratando da responsabilidade do fornecedor, tal afirmação deve ser considerada *cum granun salis*.

Isto porque o dever do fornecedor é não colocar no mercado produtos defeituosos, de maneira que, havendo um fato da natureza imprevisível e irresistível que torne a produção defeituosa antes de sua colocação no mercado, não há se falar em força maior, devendo o fornecedor ser responsabilizado caso opte por correr o risco de colocar tais produtos em circulação.

A título de exemplo, imagine-se que, em razão de uma enchente, um armazém de componentes eletrônicos vem a ser inundado e, após secá-los, o fabricante os emprega em telefones celulares, que vem, em razão disso, a explodir quando ligados pelo consumidor. Inegável que o caso é de defeito do produto, pois deveria o fornecedor ter empregado componentes em perfeito estado de conservação. Assim, embora a enchente possa, a depender do caso concreto, configurar força maior para exonerar o fornecedor de responsabilidades com parceiros comerciais, como, por exemplo, pela entrega dos telefones ao distribuidor fora do prazo pactuado, não a configura para fins de responsabilidade perante o consumidor.

No entanto, assim como destacado quando da abordagem do problema do fortuito interno, não se pode limitar os fatos da natureza que não excluem a responsabilidade aos ocorridos antes do fornecimento.

O próprio Código obriga o fornecedor a conceber os produtos e serviços levando em consideração as condições ambientais a que podem vir a ser expostos depois de colocados no mercado, de maneira que, havendo fundada expectativa do consumidor de que o produto se comporte seguramente diante de determinado fato da natureza, se o produto causar dano em uma dessas situações, não há força maior, mas defeito.

É evidente, por exemplo, que lâmpadas para uso externo que entram em curto-circuito e explodem quando expostas à chuva são defeituosas. Muito embora a chuva seja fato

da natureza posterior ao fornecimento nesse caso, o fornecedor deveria prevê-la e fabricar o produto de maneira a resistir a ela.

Deste modo, assim como no caso fortuito, ao se verificar a ocorrência de força maior é indispensável levar em consideração as expectativas do consumidor, pois pode-se estar diante, verdadeiramente, de defeito.

Quanto à alegada subjetivação da responsabilidade do fornecedor que muitos alegam que isto implicaria, remete-se o leitor ao final do tópico anterior.

3.4 Pressupostos para a exclusão da responsabilidade do fornecedor em razão do caso fortuito ou da força maior.

No capítulo anterior, consignou-se que os requisitos para a configuração do caso fortuito no sistema de responsabilidade subjetiva do Código Civil são basicamente três: externidade, inevitabilidade e irresistibilidade.

Externo é o fato independente da contribuição do agente.

Inevitável é o fato cuja ocorrência o agente é incapaz de prevenir.

E irresistível é o fato que, uma vez em curso, não se pode mitigar as consequências, inarredavelmente infligindo o dano à vítima.

Ao tratar do sistema clássico, afirmamos que os requisitos inevitabilidade e irresistibilidade devem ser aferidos levando em conta a diligência exigível do agente, mas desconsiderando suas condições pessoais, de forma mais objetiva possível.

No código de defesa do consumidor, isto toma outros contornos, pois a responsabilidade do fornecedor é objetiva, e os limites de sua responsabilidade são baseados não em sua diligência, mas nas expectativas de segurança do consumidor.

Especificamente no que tange à responsabilidade por defeito do produto, importante lembrar que o fornecedor, após introduzir o produto no mercado, não se faz presente junto ao consumidor para causar, evitar ou impedir os fatos que possam ser considerados caso fortuito ou força maior. Nestes casos, quem causa, evita ou impede o fato humano ou natural é o produto, razão pela qual o suprimento dos requisitos à configuração do caso fortuito ou da força deve ser feita tendo em consideração as exigências legais de segurança no funcionamento do bem, e não condutas humanas.

Necessário, nesta perspectiva, é o fato humano ou natural que ocorre independentemente da contribuição do produto ou do consumidor, valendo lembrar que, em caso de contribuição do consumidor, a excludente em discussão será outra.

Assim como no sistema de responsabilidade subjetiva, em que, havendo contribuição do agente para a ocorrência do fato não se estará a discutir se tal fato configura excludentes, mas se o agente é por ele responsável, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, havendo contribuição do produto, se estará a discutir se a contribuição constitui, ou não, defeito, e não se configura uma excludente.

Já o juízo a respeito da inevitabilidade e da irresistibilidade consistirá em avaliação do comportamento do produto diante de fatores ambientais ou humanos a que foi exposto quando envolvido na causação do dano.

Se o produto reagir de forma perigosa quando colocado diante de tais fatores, e se se concluir que deveria reagir de forma segura, conforme as expectativas razoáveis do consumidor, o fato não será inevitável ou irresistível, havendo, na verdade, defeito do produto, ou fortuito interno, como explicado e exemplificado nos dois tópicos anteriores.

Por outro lado, não havendo nenhuma expectativa de segurança diante das contribuições naturais e humanas incidentes no caso concreto, haverá caso fortuito ou força maior.

A título de exemplo, não se pode afirmar que o consumidor tenha expectativa de que uma televisão deixada ao ar livre não exploda quando atingida por um raio – trata-se de força maior. Igualmente, não responde o construtor pela morte de pessoas no desabamento de um prédio devido a escavações de túneis de metrô que vem passar por baixo dele – caso, aliás, que se verificou em São Paulo há poucos anos –, pois não é razoável exigir que preveja ou evite as futuras ações humanas no subsolo do local, muito menos que construa o prédio de forma resistir a elas, estando-se diante de caso fortuito, nesta hipótese, fato de terceiro, expressamente enumerado entre as excludentes no Código.

Estas considerações a respeito do caso fortuito e da força maior na responsabilidade por fato do produto são também pertinentes aos serviços automatizados, pois, uma vez concebidos e instalados, não há conduta humana do fornecedor que cause, evite ou impeça o fato humano ou natural causador do dano.

Logo, pode-se dizer sinteticamente que, em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço automatizado, caso fortuito e força maior são, respectivamente,

todo acontecimento humano ou natural não desencadeado pelo produto ou pelo serviço e que cause o dano sem fazer o produto ou serviço se comportar de maneira defeituosa. Qualquer fato que não se enquadre nesta hipótese não preencherá simultaneamente os requisitos de necessidade, inevitabilidade e irresistibilidade nos particulares contornos que tomam estes requisitos no sistema de responsabilidade consagrado no Código de Defesa do Consumidor, não configurando as eximentes.

Em se tratando de serviços não automatizados, prestados por seres humanos, embora continuem relevantes as ideias de defeito e de risco da atividade à avaliação do que seria caso fortuito externo e força maior, há que se avaliar, para além disso, o dever das pessoas prestadoras do serviço de não contribuir para o dano, bem como de evitá-lo ou de ressistir a ele. Neste caso, ao invés de se avaliar o comportamento de um bem ou uma máquina, se estará a avaliar uma conduta humana, o que é substancialmente diferente.

Se o consumidor, por exemplo, contrata um serviço de frete para fazer a mudança de sua casa e alguns bens são danificados em razão de um acidente de trânsito, a hipótese é de defeito, afinal, o consumidor tem razoável expectativa de que o caminhão do fretista não se envolvesse no acidente, que configura defeito. No entanto, mesmo havendo tal defeito, caso, após o acidente, os bens que ainda restarem intactos forem roubados por criminosos, haverá caso fortuito externo, não obstante seja o serviço defeituoso, porque o roubo é causa do dano independente do defeito e dos riscos da atividade do fretista, bem como da conduta de seus empregados, que não tinham meios nem o dever legal evitar ou impedir o roubo.

Portanto, diferentemente dos casos de responsabilidade por fato do produto ou de serviço automatizado, em que se leva em consideração apenas a existência de defeito, nos casos de serviços prestados por pessoas no mercado de consumo também há que se levar em consideração a conduta exigível dos prestadores para fins de caracterização do caso fortuito e da força maior.

Embora, neste aspecto, a discussão se aproxime da travada nos sistemas de responsabilidade subjetiva, pois será necessário discutir a exigibilidade de determinadas condutas humanas, não há se falar que implique subjetivação da responsabilidade, pois, para fins de responsabilidade do fornecedor, somente se discutirá se havia ou não dever legal em abstrato de resistir, evitar ou não causar o fato, sendo irrelevante a culpa dos prepostos, a qual somente será discutida em eventual ação de regresso. A respeito, leia-se o final do item 3.2.

Assim, em se tratando de serviços não automatizados, somam-se aos critérios de verificação das excludentes em se tratando de fornecimento de produtos e fornecimento de serviços automatizados a necessidade de avaliação da conduta dos prestadores, mas apenas sob a ótica de seus deveres leais, sem levar em conta a culpa, que só poderá ser discutida em eventual ação de regresso do empregador contra os prepostos. Qualquer fato que não se enquadre nesta hipótese não preencherá simultaneamente os requisitos de necessidade, inevitabilidade e irresistibilidade nos particulares contornos que tomam estes requisitos no sistema de responsabilidade consagrado no Código de Defesa do Consumidor, não configurando as eximentes.

3.5 Caso fortuito e força maior excluem o defeito ou o nexo causal?

Diante da importância do conceito de defeito para delinear os limites do que seja caso fortuito ou força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor, pode-se indagar se estas excludentes afastam o defeito ou rompem o nexo causal.

Não se pode confundir os requisitos para a configuração do caso fortuito ou da força maior com os seus efeitos. É indispensável levar em consideração o conceito de defeito para definir se o fato acoimado de caso fortuito ou força maior realmente configura as excludentes por estar fora dos riscos imputados ao fornecedor (requisitos).

No entanto, tendo o fato externidade e causando o dano em circunstâncias em que o consumidor não tenha expectativa de segurança do produto, o resultado danoso não pode ser atribuído a este, razão pela qual estas excludentes tem o efeito de romperem o nexo causal.

Como explicado em mais de uma oportunidade, notadamente no item 3.1., com exemplos referência a uma lição de Jaime Marins (*ob. cit.*), o defeito pode coexistir com o caso fortuito ou a força maior, mas o nexo de causalidade entre ele e o dano não, restando rompido.

Desse modo, embora o conceito de defeito seja essencial para a verificação da presença destas excludentes, os efeitos delas são a exclusão do nexo causal.

3.6 Concurso de caso fortuito, força maior e outras circunstâncias no sistema do Código de Defesa do Consumidor

Embora não seja a regra, não se descarta a hipótese de haver concurso entre defeitos, caso fortuito, força maior e outras circunstâncias, que podem coexistir no sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor. É este o problema que analisaremos neste tópico.

Aqui, tudo o que consta do item 1.2.4 do primeiro capítulo a respeito do nexo de causalidade, das teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato, das causas concorrentes, da concausalidade e da causalidade nas condutas omissivas se aplica aqui, e seria digno de repetição.

Não obstante, por questões de economia, remete-se o leitor àquele tópico para enviar a repetição.

São necessários, no entanto, alguns adendos.

Na hipótese de concorrência de mais de um membro da mesma cadeia produtiva para a causação do dano, uma vez que, conforme amplamente aceito na doutrina (NUNES, *ob. cit.* SANSEVERINO, *ob. cit.* MARQUES, *ob. cit.*), todos respondem solidariamente pela ofensa, os defeitos ocasionados pela atividade de uns não excluem a responsabilidade dos outros, não podendo um alegar fato de terceiro, ou seja, caso fortuito, em razão da conduta do outro, pois não se poderá considerar suprido o requisito necessidade.

Ocorre o mesmo quando, em se tratando de serviços prestados de forma não automatizada por mais de um fornecedor, um deles falha em evitar ou resistir ao fato causador do dano: sendo ele responsável, respondem todos os outros solidariamente.

É o que se verifica quando um serviço de guincho é acionado às custas da seguradora em razão de um pequeno problema mecânico no automóvel segurado e o caminhão guincho vem a se envolver em um acidente, ocasionando perda total do veículo guinchado.

Não diverge a solução quando o dano advém da falha concomitante de dois ou mais fornecedores que não integram a mesma cadeia produtiva, pois, como já tido, nos termos do art. 7º do Código (BRASIL, 1990) respondem solidariamente todos os responsáveis pela ofensa, não implicando a conduta de um fornecedor fato de terceiro (caso fortuito) sob a ótica do outro.

Embora esta hipótese pareça improvável, ocorre com certa frequência. É o caso, por exemplo, do consumidor que se vê lesado quando um cartão de crédito clonado é utilizado para comprar bens diversos no varejo. Há falha tanto do banco cujo sistema de segurança não preveniu a clonagem do cartão, quanto do varejista que aceitou o pagamento com o cartão clonado de um terceiro não correntista, sendo o lesado, no caso do varejista, consumidor por equiparação, conforme o art. 17 do Código (BRASIL, 1990). Destaque-se que o banco e o varejista não integram a mesma cadeia produtiva, e suprimida qualquer das duas falhas, não haveria dano, estando-se diante, assim, de causas concorrentes. Havendo contribuição mútua, ambos respondem solidariamente.

Veja-se, ainda, que, neste último caso, não parece correto permitir o acionamento dos fabricantes do produto vendido, pois o dano não adveio de um defeito do produto, mas de um defeito nos serviços do logista e do banco.

Ademais, embora se trate de ação criminosa, não configura ela caso fortuito, pois o banco tem o dever legal de proteger o numerário do cliente, conforme inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, enquanto o logista deve proceder com a boa fé e a diligência exigidas de qualquer negociante, mormente porque as fraudes como clonagem de cartão de crédito e o uso de cheques furtados são comuns, perfeitamente previsíveis e evitáveis conforme um grau de diligência médio, exigível em razão das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da probidade negocial. O agir dos criminosos, portanto, configura, no máximo, fortuito interno, que, como já explicamos, não afasta a responsabilidade dos fornecedores, por consistir em verdadeiro defeito do serviço.

A hipótese da contribuição de dois produtos para um mesmo dano é mais rara, mas não impossível, embora confessemos nossa dificuldade em formular alguns exemplos realistas. Não obstante, a solução deve ser idêntica à do caso da contribuição concomitante de serviços não integrantes da mesma cadeia produtiva, pois todos os responsáveis pela ofensa, que no caso são os fornecedores dos dois produtos, respondem solidariamente pelo dano experimentado pela vítima.

Concluindo esta cessão, importante lembrar que as soluções da maior parte das questões desta espécie são eminentemente casuísticas, sendo ilusório buscar solucioná-las todas aqui. No entanto, cremos serem os exemplo apresentados adequados à solução da imensa maioria das situações que poderão ocorrer no dia a dia forense, consistindo boa orientação ao leitor.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho era, mediante análise de opiniões doutrinárias e dos principais precedentes jurisprudenciais, versar o problema da aplicabilidade e dos limites das excludentes de responsabilidade caso fortuito e força maior no sistema de responsabilidade civil positivado no Código de Defesa do Consumidor, matéria ainda controversa em alguns aspectos.

Nos propusemos a discutir os fundamentos da responsabilidade do fornecedor – o que orientaria a interpretação do restante do sistema e poderia criar obstáculos intransponíveis à aplicabilidade das excludentes em questão –, e abordar o funcionamento do sistema de responsabilidade civil do diploma consumerista a partir desta ótica, bem como expor o funcionamento das excludentes caso fortuito e força maior no sistema de responsabilidade civil clássica, para, ao final, a partir destes subsídios, respondermos ao problema principal, levando em consideração os diversos entendimentos a seu respeito.

No primeiro capítulo, firmou-se a premissa de que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco da atividade – e não a teoria do risco integral. A partir desta ótica, analisou-se os pressupostos legais para a responsabilização do fornecedor, quais sejam, dano, o defeito do produto ou do serviço, o nexo causal entre ambos e o nexo de imputação.

No segundo capítulo, primeiramente delineou-se o perfil padrão do caso fortuito e da força maior no ordenamento jurídico brasileiro, traçado pelo Código Civil, e destacou-se que a única diferença entre os institutos, para fins deste trabalho, é que o caso fortuito é um evento humano, enquanto a força maior é um evento naturalístico.

Após isto, explorou-se os pressupostos legais para a configuração destas duas excludentes, definiu-se que seu efeito é a ruptura do nexo causal e diferenciou-se o caso fortuito interno do externo, alertando que o primeiro somente exclui a responsabilidade no sistema clássico de responsabilidade subjetiva, por depender da inexistência de culpa do agente.

Ao final, tratou-se da interação do caso fortuito e da força maior outras possíveis causas do dano.

Posto isso, versou-se, no terceiro capítulo, a aplicabilidade e os contornos do caso fortuito e da força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, demonstrou-se que, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor a teoria do risco da atividade, a falta de previsão legal do caso fortuito e da força maior não é suficiente para afastar sua aplicação, que também não é vedada pelos parágrafos terceiros dos artigos 12 e 14 do Código.

A partir daí, defendeu-se que a aplicabilidade destas excludentes no sistema consumerista encontra-se implícita na previsão do nexo causal como pressuposto da responsabilização, com respaldo na doutrina majoritária e em precedentes jurisprudenciais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça.

Firmadas estas premissas, argumentou-se que, em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço automatizado, caso fortuito e força maior são, respectivamente, todo acontecimento humano ou natural não desencadeado pelo produto ou serviço que cause o dano sem fazer com que o produto se comporte de maneira defeitosa.

Em se tratando de responsabilidade pelo do serviço não-automatizado, defendeu-se que caso fortuito e força maior são, respectivamente, todo acontecimento humano ou natural não desencadeado pelos prestadores e que estes não tinham o dever legal de prevenir ou obstar.

Esclarecendo indagações que poderiam surgir ante estas conclusões, frisou-se que a análise dos pressupostos para a configuração do caso fortuito e da força maior no sistema do Código de Defesa do Consumidor não pode levar em consideração a culpa dos fornecedores, por ser o sistema baseado na responsabilidade objetiva e sob pena de se desvirtuar as características competitivas do mercado.

Destacou-se, ainda, que não configuram caso fortuito nem força maior os eventos humanos ou naturais face aos quais há razoável expectativa do consumidor de que o produto ou serviço seja seguro, enquadrando-se, ao revés, no conceito de fortuito interno, ou seja, defeito.

E, ao final, explicou-se que, contribuindo de mais de um prestador de serviço ou mais de um produto para o resultado, a contribuição de um não é considerada fato de terceiro (modalidade de caso fortuito) sob a perspectiva dos outros, pois todos respondem solidariamente pelo evento.

Estes posicionamentos, além de corretos, nos parecem os mais justos, uma vez que amparam adequadamente o consumidor sem onerar excessivamente o fornecedor,

diferentemente do que se verifica nas posições defendidas pelas correntes que não admitem estas excludentes ou defendem a aplicabilidade da teoria do risco integral.

Não por acaso, esta é a posição que vem, aos poucos, se firmando no foro, como demonstram diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça indicados no terceiro capítulo, assim como se mostrando dominante na doutrina, com poucas divergências de maior importância.

Por fim, importante relembrar que a imensa maioria das discussões a respeito da matéria aqui tratada envolve a análise de cláusulas gerais, cujos limites só podem ser apreciados no caso concreto, e estão sujeitos a elevado grau de subjetivismo, bem como à mudança com o tempo, em razão do progresso, da mudança das expectativas sociais, do momento político e – principalmente – econômico, de orientações jurisprudenciais e até de ativismo judiciário.

Destaca-se, também, que há inúmeras discussões a respeito do caso fortuito e da força maior a que nunca se chegou a um consenso, desde o nascimento do Direito Civil, as quais, obviamente, não se exauriu aqui.

Assim, não se espera sejam as conclusões aqui traçadas consideradas definitivas; deve-se encará-las como orientações ao leitor conforme as diversas opiniões doutrinárias e precedentes jurisprudenciais em voga.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor*. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 15/132, jul-set de 1995.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991).

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: publicado em 17/01/1973.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: publicado em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: publicado em 12/9/1990 e retificado em 10.1.2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSÇA. Terceira turma. Recurso Especial n. 120.647. Francisco Gonzaga Reis versus Autoposto Cyborg Ltda. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 2000. Diário da Justiça da União de 15/05/2000.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: publicado em 11/1/2002.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSÇA. Segunda turma. Recurso Especial n. 402.708. Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRO versus BERENICE MARIA DAS GRAÇAS SILVA LOUZADA e outros. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 2005. Diário da Justiça de 28/02/2005.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor: Justificativas, Precedentes e Análise do Sistema Nacional. *Revista de Direito Privado*, v. 3/157, jul-set de 2000.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil, Volume 2*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editroa Forense, 1994.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume IV: Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, Volume I: Direito Material (Arts. 1º ao 80 e 105 a 108)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 171).
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Volume 5*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- MARINS, Jaime. *Responsabilidade da Empresa por Fato do Produto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, jul/set de 1998,
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil 4: Direito das Obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, set/dez 1992).
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- ROCHA, Silvio Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992)
- RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Volume 2: Parte Geral das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.